Der Lockspitzel

seine Beurteilung nach dem geltenden Strafrecht, dem Entwurf 1927 und dem kommenden Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfons Zens

aus Schweich (Trier).

Approbiert am 28. Februar 1936.

1936

Hofbuchdruckerei J. F. Carthaus . Bonn

1936/288

Referent: Universitätsprofessor Dr. jur. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, allg. Teil. Leipzig 1934.
Bekzadian: Agent provocateur. Diss. Zürich 1913.
Beling: Grundzüge des Strafrechts, 10. Aufl. Tübingen 1925.
Binding: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, II. Leipzig 1904.
— Handb. des Strafrechts I. Leipzig 1885.
Birkmeyer: Ueber Ursachenbegriff u. Kausalzusammenhang. Rostock 1885.
Borchert: Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.
Buri, von: Zur Lehre von der Teilnahme usw. Gießen 1860.
— Ueber Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.
Denkschrift des Preuß. Just.-Min. „Nationalsozialistisches Strafrecht". 1933.
Deubert: Der agent provocateur und seine Beurteilung nach dem Reichsstrafgesetzb. Diss. Neunkirchen 1910.
Dohnanyi, v.: Täterschaft und Teilnahme in Das kommende deutsche, Strafr. (Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskom. Allg. Teil). 1934 und 1935.
Dopffel: Die strafrechtl. Verantwortlichkeit des agent provocateur. Diss. Tübingen 1899.
Drost: Ueber § 29 E 27 in Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wiss. 1931, S. 359 ff.
Entwurf eines allg. deutschen Strafgesetzb. nebst Begründung und zwei Anlagen. Berlin 1927.
Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Teil I. Berlin 1904.
— Compendien des österreichischen Rechts. Das Strafrecht, I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1912.
Fleischmann: Der agent provocateur nach den Entw. zu einem deutsch. Strafgesetzb. im Vergl. mit dem gelt. Recht. Diss. Erlangen 1929.
Frank: Strafgesetzbuch für d. D. Reich, Komm. Tübingen 1926.
Freisler: Willensstrafr., Versuch u. Vollendung in Das kommende Strafrecht (Bericht über die Arbeit der amtl. Strafr.-Kom., Allg. Teil). 1934 und 1935.
— Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers in Schriften der Ak. f. D. R. Sonderdruck Nr. 2. 1935.
— Ergebnisse der Beratg. Zulassg. der Anal. in Grundzüge eines allg. d. Strafr. (Denkschr. des Zentr.-Aussch. d. Strafr.-Abt. der Ak. f. D. R.). 1934.
Gelbert: Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafr. des neuen Reiches in D. R. 1934, S. 275.

Geyer: Teilnahme an einem Verbrechen und Begünstigung in HH. II, S. 349 ff. Berlin 1871.
Glaser: Zur Lehre vom Dolus des Anstifters in Ger.-Saal Bd. X, Jahrg. 1858, S. 24 ff.
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil. 1926.
Hälschner: Das Gemeine Deutsche Strafr. I, Bonn 1881.
Heilborn: Der agent provocateur. Eine strafrechtl. Studie. Berlin 1901.
Henkel: Strafrichter u. Gesetz im neuen Staate. Hamburg 1934.
Höhn: Staatsbegriff, Strafrecht u. Strafprozeß in Deutsches Recht, 1935, S. 266.
Hippel, v.: Deutsches Strafrecht Teil I Berlin 1925, Teil II Berlin 1930.
Katzenstein: Der agent provocateur vom Standpunkt des Strafgesetzb. in Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wiss. Bd. 21, S. 374 ff.
Jastrow: Lockspitzel und Richter in JW. Bd. 18, S. 810.
Klee: Rechtfertigungs- und Entschuldigunggründe in Das kommende d. Strafr. (Ber. über die Arb. der amtl. Strafr.-Kom.). 1934 und 1935.
Köhler: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. Leipzig 1917.
Köstlin: System des d. Strafr. Tübingen 1855.
Kohler: Anstiftg. u. agent provocateur in Arch. f. d. Strafr. 55. Jahrg., S. 1 ff.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Mannheim 1890.
— Leitf. d. d. Strafr. Leipzig 1912.
Korn: Der Vorsatz des Anstifters nach gelt. R., insbesondere des agent provocateur und des Anstifters bei error in objecto und aberratio ictus. Diss. Göttingen 1902.
Kosterlitz: L'agent provocateur. Diss. Breslau 1926.
Loewenheim: Der Vorsatz des Anstifters nach gelt. R. in Strafrechtl. Abhandl. Heft 9. Breslau 1897.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des D. Strafrechts. Berlin und Leipzig 1927.
Luetgebrune: Der Grundsatz nullum crimen sine lege nulla poena sine lege im Nat.-Soz. Strafr. in Grundz. eines Allg. D. Strafr. (Denkschrift des Zentr.-Aussch. der Strafr.-Abt. der Ak. f. D. R.). 1934.
Mayer, M. E.: Der Allg. Teil des D. Strafrechts. Heidelberg 1916.
Merkel, P.: Anstiftung und Beihilfe in Festgabe für Frank, Seite 134 ff. Greifswald 1930.
Meyer, H.: Lehrb. des D. Strafr. Leipzig 1895.
Mezger: Strafrecht. München u. Leipzig 1931.
Olshausen, v.: Komm. zum Strafgesetzb. f. d. D. Reich. Berlin 1927.
Rittler: Grundriß des österreichischen Strafrechts, 5. Auflage. 1926.
Sauer: Wendung zum Nationalen Strafrecht und zugleich zum Fortgang der Strafr.-Reform. Berlin 1933.
Schäfer: Schuldlehre in Das komm. Strafr. (Ber. über die Arbeit der amtl. Strafr.-Kom.). 1934 und 1935.
Scheurl, v.: Vorbereitung, Versuch und Vollendung im künft. Strafr. in D. R. 1935, S. 529.

Schwarz: Schuld und Irrtum in Grundz. eines Allg. D. Strafr. (Denkschr. des Zentr.-Aussch. d. Strafr.-Abt. d. Ak. f. D. R.). 1934.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Göttingen 1933.
Stieber: Prakt. Hand. d. Kriminalpolizei. 1921.
Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.

Wochenschrift: Juristische Wochenschrift 1934, Heft 1, 5, 8, 12. 1935, Heft 12, 33.
Deutsche Juristenzeitung 1934, Heft 2.
Entscheidungen: RGSt. 17/378; 15/315; 15/12; 23/225.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Zweckerläuterung 1

B. Hauptteil:

I. Begriffsbestimmung 3

II. Moralische Wertung 5

III. Strafrechtliche Beurteilung 9

1. Der Lockspitzel beabsichtigt nur den strafbaren Versuch des Verleiteten 28

a) Es bleibt beim Versuch 29

b) Es kommt zur Vollendung 46

2. Der Lockspitzel beabsichtigt die vollendete strafbare Handlung des Verleiteten 49

a) Er verhindert die materielle Vollendung 49

b) Er läßt es zur formellen und materiellen Vollendung kommen 51

3. Der Exzeß des Verleiteten 59

4. Die erfolglose Verleitung 59

C. Schluß: Zusammenfassung 65

Einleitung.

Rechtsnormen werden aufgestellt, um die Werte des Volkes zu schützen, die erhaltungsbedürftig und der Pflege wert sind. Solche Werte sind nicht nur Volk und Rasse, materielle und ideelle Güter von Gemeinschaften und Einzelpersonen, sondern vor allem auch das gesunde Volksempfinden für das Sittliche, Anständige und Rechte. Darum muß der Kreis der Werte, deren Erhaltung und Pflege die Aufgabe des Strafrechts ist, auch in sehr hohem Maße die ethischen Werte des Volkes umfassen.

Schutz und Erhaltung der ethischen Werte werden dadurch am besten gewährleistet, daß die Rechtsanwendung im einzelnen jeweils die Lösungen findet, die gleichzeitig auch die Grundeinstellung der Volksgenossen zu Sittlichkeit und Anstand, also die moralische Auffassung des Volkes, bestätigen und stärken.

Diese Aufgabe des Strafrechts, „ethisierend zu wirken“,[1]) wird naturgemäß erschwert, wenn Menschen zur Wahrung der Rechtsordnung als Helfer tätig werden, indem Motive und Methoden ihres Handelns in den Augen der Volksgenossen zuweilen schmutziger und minderwertiger erscheinen, als die Tat des von ihnen Verführten selbst.

Je nach der strafrechtlichen Beurteilung der Tat des Verführten und seines Verführers kann die gesunde Volksmoral erschüttert und der Glaube an den Gerechtigkeitswillen der staatlichen Rechtswahrer untergraben werden.

Demnach rechtfertigt es sich, den Wert oder Unwert des Lockspitzelwesens in seinen verschiedenen Tätigkeitsformen zunächst im Hinblick auf seine Auswirkungen auf das Rechtsempfinden des Volkes zu beurteilen. Eine Würdigung des Lockspitzelwesens hat demnach von der Art der Lockspitzeltätigkeit auszugehen, und nach ihr ist die Frage der Notwendigkeit bezw. Duldbarkeit des Lockspitzelwesens zu beurteilen.

Im modernen Rechtsstaat ist für diese Wertung das Rechtsempfinden des Volkes maßgebend. Im Polizeistaat wertet der Staat

1) Vgl. Sauer, S. 22.

selbst. Daher wird je nach der Staatsauffassung die Bewertung des Lockspitzelwesens verschieden sein, da ein Polizeistaat anders über die Anwendung der zur Verfügung stehenden Mittel zur Erreichung seines Zweckes denkt, als ein Rechtsstaat, für den ein Rechtssystem auch stets der Ausdruck des sittlichen Volksempfindens sein muß. Erst wenn wir in dieser Betrachtung das Bedürfnis der Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Lockspitzels gewonnen haben, wollen wir untersuchen, wie die heutige Rechtsprechung und der Entwurf 1927 diesem Bedürfnis gerecht werden können, oder wie das zukünftige Strafrecht zu einer befriedigenden Lösung gelangen kann.

Hauptteil.

I. Begriffsbestimmung.

Da zunächst eine moralische Wertung des Lockspitzels je nach der Art seines Tätigwerdens gefunden werden soll und dann erst eine juristische, muß auch zunächst eine Begriffsdefinition vorausgeschickt werden, die das jeweilige Tätigwerden des Lockspitzels in einer im Volksempfinden wurzelnden Kritik beleuchtet, die es also ermöglicht, die positiven und negativen Werte der Tätigkeit des Lockspitzels klar erkennen zu lassen.

Wir wollen im folgenden unter „Lockspitzel" dasselbe verstehen, wie unter dem Ausdruck „Agent provocateur", d. h. einen Menschen, der seine Mitmenschen zu Verbrechen verleitet, um sie dann wegen dieser Verbrechen dem Strafrichter auszuliefern. Daß es hierbei zu den verschiedensten Handlungsstufen und Handlungsweisen kommen kann, soll später bei der juristischen Beurteilung dargelegt werden. Vorher bedarf es der Charakterisierung derjenigen Menschen, die solche Lockspitzelarbeit leisten und einer Darlegung der Motive, die jene zu ihrem Tun veranlassen.

Wir müssen drei verschiedene Personenkreise unterscheiden. Der Staat hat seine Polizei zur Wahrung der Ordnung und Verbrechensbekämpfung; die Polizei steht vor der Aufgabe, begangene Verbrechen aufzudecken und geplante zu verhindern. Vielfach ermöglicht die Aufklärung begangener Verbrechen auch gleichzeitig die Aufklärung und Verhinderung geplanter Verbrechen. Aber sie gestaltet sich dann für die Polizei äußerst schwierig, wenn es ihren Beamten selbst nicht möglich ist, zwecks Auskundschaftung im Milieu der Verbrecherwelt unterzutauchen. Darum nimmt sie in solchen Fällen die Hilfe von sog. Agenten an. Diese Polizeigehilfen oder -gehilfinnen werden durch Privatdienstvertrag auf Kündigung angestellt, haben aber, obwohl mit besonderen Ausweisen versehen, keinerlei Beamteneigenschaft, [2]) sodaß sie auch keine amtlichen Verrichtungen vornehmen können.

2) Stieber, S. 24.

Ihre Verwendung soll sich daher nach dem Willen der Polizei nur auf vorbereitende Auskundschaftungen und Beobachtungen beschränken. Neben diesen gibt es aber auch noch vollständig auf eigene Faust handelnde Personen, die, teils in der Meinung, berechtigt zu sein, im Interesse der Polizei zu arbeiten, teils im Glauben, unter dem Deckmantel der „polizeilichen Interessen" andere Menschen unglücklich machen zu können, in nicht erwünschter Weise sich um ihre Mitmenschen kümmern. Mag der Polizeibeamte über sein Ziel hinausgehen, weil er keine andere Möglichkeit sieht, sich von der verbrecherischen Einstellung seines zur Beobachtung Anempfohlenen zu überzeugen und vielleicht durch ein auf Grund seiner Anstiftung begangenes Verbrechen Aufklärung über frühere Uebeltaten erhofft. Mag der Polizeiagent aus gleichen Gründen sein Aufgabengebiet überschreiten, nicht immer sind diese Pflichtmotive für ihn leitend.

Ehrgeiziges Streben, ihre Erfolgsserie zu bereichern, um sich der Polizei als unentbehrliche Kraft zu erweisen, Hoffnung auf Belohnung, treiben sie schließlich dazu, dort Verbrechen zu provozieren, wo es keine Verbrecher zu bekämpfen gilt. Noch weit schlechtere Motive, Rache- und Ränkelust veranlassen Privatpersonen zu solchen Handlungen. Es geht ihnen weniger um die Wahrung der Rechtsordnung, um die Verhütung von Verbrechen, als vielmehr um eigene, selbstsüchtige Ziele, und in solchem Bestreben gehen sie schließlich so weit, an sich harmlose, aber willensschwache Menschen, die unter gewöhnlichen Umständen nie zur Begehung eines Verbrechens fähig sind, zu einer strafbaren Handlung anzustiften, um sie dem Strafrichter auszuliefern.

Solches Wirken in allen Ländern in früherer und neuerer Zeit ist wiederholt eingehend gewürdigt worden von: Glaser, [3]) Dopffel, [4]) Heilborn, [5]) Deubert, [6]) Kosterlitz [7]) und Fleischmann. [8]) Auch ist vielfach der Versuch gemacht worden, Definitionen für den am häufigsten vorkommenden Fall des Lockspitzels zu geben.

---

3) Glaser, Gerichtssaal, Bd. 10, S. 33.
4) Dopffel, S. 3 ff.
5) Heilborn, S. 3 ff.
6) Deubert, S. 1 ff.
7) Kosterlitz, S. 4 ff.
8) Fleischmann, S. 2 ff.

Unserer Ansicht nach kommt es darauf nicht so sehr an, weil die Art der Person (Beamter oder Privatperson), das Stadium der Tat des Angestifteten und die innere Einstellung des Lockspitzel zur Tat jeweils sehr verschieden sein können. Die von Glaser [9]) aufgestellte Definition: „Agent provocateur (von uns Lockspitzel genannt) ist der, der einen anderen zur Verübung eines Verbrechens nur deshalb anstiftet, weil er will, daß dieser sodann überführt und bestraft werde", soll als Generaldefinition gelten und gleichsam die Konstante eines jeden Lockspitzeltatbestandes sein. Diese Generaldefinition verbietet uns, unter Lockspitzelfälle auch andere ähnliche Fälle mit einzubegreifen, die man vielleicht unserem Sprachgebrauche nach als Lockspitzelfälle bezeichnen würde, wie z. B. den Fall Rotter [10]) u. a. ähnliche Fälle mehr. Wenn ein Agent einen Verbrecher für ein begangenes Verbrechen in die Arme der Polizei lockt, sehen wir darin die typische Arbeit des Detektivs, aber nicht des Lockspitzels, wenn andererseits ein Verbrecher seine Komplizen zu Verbrechen verleitet hat und nachher als Kronzeuge gegen sie auftritt, bleibt er dennoch für uns der Anstifter zu diesen Verbrechen, der lediglich durch seinen Verrat sich selbst bei der Polizei sichern will. Auch gehört hierher nicht der Fall des listigen Fallenstellers, der die Gelegenheit zu Verbrechen bietet und den, der sie benutzt, hereinfallen läßt. Der Lockspitzel übt eine anstiftende Tätigkeit aus, er beeinflußt den Willen eines anderen in einer bestimmten Richtung, wodurch natürlich auch die Möglichkeit entfällt, daß ein „omni modo facturus" Opfer eines Lockspitzels werden kann.

II. Moralische Wertung.

Es besteht in der Volksgemeinschaft die von der Allgemeinheit befolgte und gebilligte Anschauung über Gut und Böse, Recht und Unrecht, Erlaubtes und Unerlaubtes, Verwerfliches und Nichtverwerfliches. Dabei machen die Volksgenossen sich keine Gedanken darüber, ob die Norm, nach der sie sich richten, und deren Befolgung sie auch von anderen erwarten, dem Recht oder nur der Moral angehört, oder gar, ob es sich um Strafrecht oder Nicht-Strafrecht handelt. Es ist das ungeschriebene Sittengesetz, das sie bindet und dessen Befolgung das harmonische Zusammenleben der

9) Glaser, Gerichtssaal, S. 33.

10) Am 5. April 1933 wurde versucht, den Emigranten Rotter zu entführen.

Volksgenossen erst ermöglicht. Dieses ungeschriebene Sittengesetz gebietet aber den einzelnen Mitmenschen, ihr Leben so einzurichten, daß sie nichts begehen, was das harmonische Zusammenleben gefährden oder gar stören kann und darum verwerflich erscheint. Menschliche Größe und menschliche Schwäche, die sich im Tun und Lassen der einzelnen Volksgenossen offenbaren, bestimmen den Maßstab, mit dem die Volksgemeinschaft die Verstöße gegen ihre Sittenordnung beurteilt. Mochte das geschriebene Gesetz sittenwidriges Verhalten, solange es materiell unschädlich blieb, früher unbeachtet lassen, die Volksgemeinschaft verurteilte es. Mochte eine Tat, aus Schwäche oder gar nicht einmal unedlen Motiven heraus begangen, vom Gesetz geahndet und bestraft werden, die Volksgemeinschaft konnte sie vielleicht entschuldigen, weil sie die menschliche Unzulänglichkeit und die Einstellung des Täters stets wertet. Verwerflich erscheint ihr an erster Stelle die Kaltherzigkeit, der Verrat und der Vertrauensbruch. Hier können nicht edle Motive einen Menschen schuldig werden lassen, sondern nur eine verabscheuungswürdige, asoziale Einstellung. Darum wird stets den Verräter und denjenigen, der Vertrauen mißbraucht, die Aechtung der Volksgemeinschaft treffen und noch vielmehr den, der sich erst Vertrauen erschleicht, um es gewonnen, zu mißbrauchen. Wer spitzelt, verdient die Acht. Er wird gemieden, besonders wenn er sich an harmlose Menschen heranmacht, um sie in sein Netz zu locken und dann zu verderben. Es sind Mephisto-Naturen, die man mehr haßt als Verbrecher und vor allem fürchtet, weil sie den Frieden der Gemeinschaft stören, menschliche Schwachheit mit ihren Teufelskünsten zur Verbrechensbegehung benutzen, um die Gefallenen dem Verderben auszuliefern. Keiner beauftragt sie, niemand wünscht ihre Arbeit. Aber auch dann schätzt man diesen Spitzel nicht, wenn er glaubt, sich dadurch vor Verbrechen schützen zu dürfen, daß er Verbrecher neue Verbrechen begehen läßt, um sie unschädlich machen zu können. Der Verbrecher soll sicher seine Tat büßen und keine Gelegenheit mehr erhalten zu neuen strafbaren Handlungen. Doch dafür dürfen solche Methoden nicht angewandt werden, und vor allem kann nicht jeder sich das Recht dazu nehmen und auf eigene Faust beliebig die Rechtssicherheit gefährden. Nicht aus Mitleid zum Verbrecher, sondern aus dem Gerechtigkeitswillen der Volksgenossen erscheint eine solche Handlungsweise verwerflich.

Man wird sicherlich nicht den Vertrauensbruch in jeder Form für das Gemeinste und Niedrigste menschlicher Handlungsweise und seine Verwendung durch die Polizei stets für etwas sehr Problematisches halten. Aber damit ist immer erst die Verwendung von Detektiven und Kronzeugen und mithin nur der Kampf gegen das Verbrechen anerkannt. Man kann kein Verständnis dafür aufbringen, daß der Polizeispitzel, der die Möglichkeit hatte, den Verbrecher zu einem neuen Verbrechen anzustiften, nicht die Möglichkeit gehabt haben soll, ebenso gut ohne diese Provokation die gewünschte Aufklärung zu erlangen. Man wird es dem Polizeibeamten zwar verzeihen können, daß er sich das Recht hierzu nahm, wenn er vor einer besonders schwierigen Aufgabe gegenüber äußerst gemeingefährlichen Verbrechern stand. Nicht aber wird man es dem Agenten, wenn er, wie uns z. B. Jastrow [11]) in einem Fall schildert, einen eines harmlosen Vergehens Verdächtigen durch Provokation überführt. Denn auch im Kampf gegen das Verbrechen muß es eine sittliche Pflichtauffassung der Agenten hinsichtlich des Verhaltens gegenüber dem zu Beobachtenden geben, die der völkischen Sittenordnung entspricht.

Abgesehen von dem Fall des auf eigene Faust handelnden Lockspitzels waren es gerade jene Agenten zum großen Teil, die das Odium des Volkes gegenüber dem Lockspitzelwesen erst recht schufen, da ihre Opfer vielfach auf Grund ihres skrupellosen Vorgehens nicht nach ihrer Eigenschaft als Verbrecher, sondern ihrer Eignung zur Anstiftung ausgesucht wurden.

Man wird sich oft gefragt haben, warum läßt man denn solches Treiben zu. Hält man es für notwendig, der Polizei in Erkenntnis der schweren Aufgaben Konzessionen zu Gunsten des polizeilichen Lockspitzels zu machen? Bedenken wir eins: Wer den polizeilichen Lockspitzel zu seinem Mitarbeiter macht, öffnet damit der Lockspitzelarbeit jeder Prägung Tor und Tür. Und wer gibt schließlich die Garantie, daß auch der Polizeispitzel sich am Ende nicht dem einträglicheren Gewerbe zuwendet und weniger Verbrecher-, als Verbrechensprovokation treibt.

Wer gab dem Lockspitzelwesen schließlich die Gelegenheit zu seiner Tätigkeit und wer führte den Lockspitzel in Versuchung, sich aus der Verbrechensprovokation ein Gewerbe, ja schließlich eine Machtstellung zu schaffen? Dieses zweifelhafte Verdienst hat

11) Jastrow in JW. 18, S. 816.

allein der absolute Polizeistaat. Vor allem unter der Herrschaft volksfremd gewordener Machtinhaber hat er sich seine Position geschaffen.

Als Träger polizeilicher Aufgaben, nämlich der Bekämpfung von Verbrechern und Staatsfeinden lag es bald in seiner Hand, die Eigenschaft „Staatsfeind" dem zu geben, dem er sie geben wollte oder auf höheren Befehl geben sollte. Vor dem Volke heuchelte er Schutz des Staates, wo dieser nicht gefährdet war. Diese Menschen, vom Schlage eines Fouché, die selbst Polizeichef und Verschwörer zugleich waren, die das Verbrecherwesen bekämpften und gleichzeitig unter dem Deckmantel der gerechten Sache sich der Nebenbuhler in ihrem Machtstreben, der Mitwisser ihrer dunklen Vergangenheit entledigten. Man kannte ihre unheimliche Schleicharbeit, aber man fürchtete sie auch. Wir wissen, daß diese Ausartungen nicht in jedem Polizeistaat solche gefährliche Maße erreichten.[12]) Aber grundsätzlich billigt der Polizeistaat auf Grund seiner Einstellung ihre Arbeit, da das Mittel tauglich war im Kampfe gegen die Widersacher des Staates, und die Ablehnung des Volkes war diesem Staate im Grunde genommen gleichgültig.

Man erwartete vom Rechtsstaat die Ablehnung des Lockspitzelwesens, die durch die Bestrafung des Lockspitzels zum Ausdruck kommen soll; und doch wissen wir, daß der Lockspitzel vielfach straflos ausging, wo die gemeinste und verwerflichste Gesinnung klar zum Ausdruck gekommen war. Die Volksgemeinschaft und der Staat selbst empfand das Bedürfnis nach Strafe. Leider war der Richter vielfach genötigt, sich durch Freispruch des Lockspitzels und durch die Bestrafung des Verführten zum Spießgesellen des Lockspitzels zu machen. Man konnte ihn durch die Strafgesetze nur selten erfassen, und mußte sich im übrigen darauf beschränken, die Ablehnung in Verhaltungsmaßregeln für die Polizei zum Ausdruck zu bringen.

In weit höherem Maße erwartet die Volksgemeinschaft nun vom neuen Staate nicht nur die Ablehnung solcher Mitarbeiter, sondern auch deren strenge Bestrafung. Es verträgt sich nicht mit dem Gedanken der neugeschaffenen in Treu und Vertrauen zusammengeschlossenen Volksgemeinschaft, zur Ahndung kleiner Verstöße, die in einer Gemeinschaft ja stets vorkommen werden, durch Lockspitzelarbeit Furcht, Mißtrauen und Zwietracht auf-

12) Siehe Preußen unter Friedrich d. Großen.

kommen zu lassen. So wie die Volksgemeinschaft von ihren Führern verlangt, daß sie sich nicht auf Denunzianten stützen, erwartet sie gleichfalls, daß sie keine Lockspitzel zur Prüfung ihrer Treue zur Führung arbeiten lassen. Dann kann aus einem Vertrauen zur Führung ein Mißtrauen werden, das jede freudige Mitarbeit bald zerstört.

III. Strafrechtliche Beurteilung.

Der Lockspitzel verleitet einen anderen zu einer strafbaren Handlung, um ihn dem Strafrichter auszuliefern. Darauf ist in der Begriffsdefinition bereits hingewiesen worden. Erforderlich ist also, daß es zu einer strafbaren Handlung, zum mindesten zu dem strafbaren Versuch einer solchen seitens des Täters kommt. Die Begehung dieser strafbaren Handlung durch den Täter ist aber dem Lockspitzel nicht Selbstzweck, sondern mehr oder weniger das Mittel zur Erreichung seines Zieles, nämlich daß der Verleitete sich strafbar mache. Es kommt ihm mithin auf die materielle Rechtsverletzung an sich weniger an.

Folglich wird er in den meisten Fällen die Deliktsausführung nur soweit gedeihen lassen, bis der Verleitete sich strafbar gemacht hat, wodurch je nach der Art des Delikts einmal die Vollendung in ihrer ganzen Bedeutung — d. h. also auch in ihrer sachlichen Wirkung — begangen, andererseits aber auch die Vollendung in ihrer sachlichen Wirkung noch abgewendet werden kann, sowie schließlich — was bei den Erfolgsdelikten meist der Fall sein wird — nur der strafbare Versuch des Täters begangen wird. In diesem letztgenannten Falle, nämlich daß der Lockspitzel es nur zu einem strafbaren Versuch des Täters kommen lassen will, wird er demnach entweder selbst eingreifen oder ein anderes Hindernis auf die weitere Tatausführung wirken lassen, sobald es zu einem strafbaren Versuch gekommen ist. In der Regel wird er die nötige Vorsorge treffen, daß ihm sein Plan auch gelingt und die Ausführung des Delikts nicht weiter gedeiht, als es für seinen Zweck, eben die Ueberführung des Täters, erforderlich ist. Es sind aber auch diejenigen Fälle in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, in denen der Lockspitzel nachher die Möglichkeit verliert, den weiteren Verlauf der Tatausführung hindernd zu beeinflussen, weiter aber auch diejenigen Fälle, in denen

er nachher die ursprüngliche Absicht, die Vollendung zu hindern, aufgibt, und dann entweder sich dem weiteren Verlauf der Tatausführung gegenüber indifferent verhält oder mit der Tatvollendung einverstanden ist, oder schließlich er diese gar noch fördert.

Mag der Lockspitzel in den vorgenannten Fällen seine Pläne auch später ändern, so wird hierdurch jedenfalls seine ursprüngliche Absicht, die nur den strafbaren Versuch des Täters und nicht die Tatvollendung umfaßte, nicht geändert.

Da der Täter die strafbare Handlung, mag sie nun Versuch geblieben oder zur vollendeten Tat geworden sein, nur auf die Veranlassung des Lockspitzels hin begangen hat, so erhebt sich sogleich die Frage, wie die Handlung des Lockspitzels strafrechtlich zu qualifizieren ist. Das geltende Recht unterscheidet drei Formen verbrecherischer Mitwirksamkeit: die Täterschaft, die Anstiftung und die Beihilfe. Weil der Lockspitzel einen anderen zu einer strafbaren Handlung verleitet, drängt sich sofort die Frage auf, ist der Lockspitzel Anstifter?

Die Beantwortung der Frage hängt von der Auffassung über den Begriff und die Natur der Anstiftung ab, und es wäre verfrüht, sich auf Grund der Gleichheit der äußeren Merkmale im Lockspitzel- und Anstiftertatbestand dazu verleiten zu lassen, dem Lockspitzel Anstiftercharakter zuzuschreiben.

Im Hinblick auf die uns gestellte Aufgabe, eine strafrechtliche Beurteilung des Lockspitzels nach dem geltenden Recht, dem Entwurf 1927 und dem zukünftigen Strafrecht zu geben, müssen wir eine Charakterisierung des Anstifterbegriffes nach geltendem Recht, nach dem Entwurf 1927 und nach den Vorschlägen, die bisher zu einem neuen Strafrecht gemacht wurden, vorausschicken. Erst wenn wir diese gegeben haben, ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob wir auch den Lockspitzel als Anstifter bezeichnen können.

Die Anstiftung nach geltendem Recht.

Wenn auch berufenere Männer [13]) eine Erläuterung des Anstifterbegriffs im geltenden Recht gegeben haben, so scheint es uns im Rahmen dieser Arbeit doch erforderlich, in kurzen Zügen

13) Mezger, S. 401, S. 432; Allfeld, S. 205, S. 222; v. Liszt-Schmidt, S. 309; Frank, § 47 ff.; Köhler, S. 482; Kohler: Leitf. S. 32, Stud. S. 83; usw.

den Anstifterbegriff des geltenden Rechts hier zu entwickeln, vor allem, weil wir dabei auf Lehrmeinungen stoßen, die zwar die Anerkennung unserer bisherigen Rechtsprechung nicht gefunden haben, aber doch schon Berührungspunkte mit dem oder gar Ausgangspunkte für das zukünftige Strafrecht bilden.

Der § 48 des geltenden Strafgesetzbuches lautet: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums, oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat." Das Wesen der Anstiftung besteht in dem „vorsätzlichen Bestimmen eines anderen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung". Der Anstifter will also die Begehung einer strafbaren Handlung und wird dazu tätig. Da taucht nun gleich die Frage auf, ob er darum nicht als der Verursacher der strafbaren Handlung anzusehen ist, mit anderen Worten, ob Kausalität zwischen seiner anstiftenden Tätigkeit und der begangenen strafbaren Handlung vorhanden ist, und ob das Vorhandensein der Kausalität seine Täterschaft begründet. Nach der Bedingungstheorie [14]) ist jede Bedingung kausal für den Erfolg, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit auch der Erfolg entfiele. Eine solche Bedingung und folglich auch Ursache des Erfolges ist das „Bestimmen" des Anstifters. Dies kann auch nicht bestritten werden, wenn man dem Täter die Entscheidung, ob er sich bestimmen läßt oder nicht, nach dessen freiem Willen überläßt.[15]) Der Anstifter versetzt den anderen dadurch, daß er in ihm die Vorstellungen, die auf seinen Willen wirken sollen, weckt, in eine Zwangslage. Er muß sich entscheiden, ob er ihnen nachgeben oder sie zurückweisen will. Bleibt er standhaft, so bricht das ganze Unternehmen der Anstiftung in sich zusammen. Gibt er den in seinem Inneren wachgerufenen Lust- oder Unlustgefühlen nach, sodaß diese den Beweggrund für sein Handeln bilden, so ist sein Entschluß, das Produkt seiner Motive und seine

14) Vertreten in der Rechtsprechung Str.-E. 54/349; 56/348; 59/110; Bayr. OLG. 6/73.

15) Auf die Lehre der Unterbrechung d. Kausalzusammenhangs durch freien Willensentschluß d. Angestifteten u. a. diese Frage berührende Lehrmeinungen kommen wir im folgenden noch zu sprechen.

Tat die Folge des Entschlusses. Es ergibt sich sodann eine fortlaufende Kausalreihe von dem Einwirken auf die Seele des andern durch den Angestifteten über Lust- und Unlustgefühle, Motiv und Entschluß zur Tat selbst. Von Buri [16]) sagt treffend: „Diese Mitwirksamkeit für den Entschluß erweist sich dann weiterhin mitwirksam für den in Gemäßheit desselben verursachten Erfolg, und somit ist auch der Anstifter dessen Verursacher." Es kann dies keinen Widerspruch zu der Lehre von der Willensfreiheit bedeuten, denn es verträgt sich doch mit dem Grundsatz der Willensfreiheit, daß ich einen freien Entschluß fasse, nachdem mir der Gedanke, ob ich ihn fassen soll, von einem Dritten eingegeben ist.[17]) Es sind zwar intellektuelle Kräfte, die der Anstifter auf den Erfolg wirken läßt, aber „diese sind von gleicher Wesentlichkeit für den Erfolg wie die physischen Kräfte".[18])

Bejahen wir also die Kausalität, dann ist der Anstifter nach unserer Auffassung als Täter anzusehen. Allerdings ist es eine intellektuelle Täterschaft, doch an der Tatsache der Täterschaft vermag der Umstand der psychischen Bedingung nichts zu ändern. Lediglich für die Bewertung der Täterschaft ist dieser Umstand von Bedeutung.[19]) Daraus ergibt sich, daß die gesetzlichen Formen der Anstiftung und Beihilfe (§§ 48, 49 StGB.) nicht als Strafausdehnungsgründe, sondern in Wahrheit als Strafeinschränkungsgründe anzusehen sind; denn sie schränken die sonst aus der Kausalbeziehung herzuleitende Täterstrafe in den gesetzlich näher bezeichneten Fällen ein, und lassen andere Bestrafungsformen an die Stelle treten. (Extensiver Täterbegriff.)

Wenn es in § 48 StGB. heißt: „Zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung", und wenn im Absatz 2 die Strafe nach dem Gesetz festgestellt werden soll, welches auf die Handlung, zu der er angestiftet hat, Anwendung finden soll, so hat der Gesetzgeber damit die Voraussetzung der Strafbarkeit mit der Tat des Angestifteten eng verknüpft. Er hat damit die Strafbarkeit des Anstifters abhängig gemacht von der Tat des von ihm Angestifteten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt also das Er-

16) v. Buri, Ueber Kausalität, S. 12.
17) Vgl. Fleischmann, S. 36, 37.
18) v. Buri, Teilnahme, S. 28, 29.
19) Mezger, S. 433: „Die andere Bewertung dieser Art des Ursachenzusammenhangs begründet die Eigenart der Anstiftung."

fordernis der Akzessorietät; weiterhin aber noch, daß dieses Akzessorietätserfordernis die volle Verantwortlichkeit des anderen für seine Handlung als Voraussetzung der Anstiftung in sich einschließt. Das Gesetz fordert demnach zur Anstiftung vollen Verbrechencharakter der Haupttat. Es genügt nicht, daß diese rechtswidrig ist, sie muß auch schuldhaft sein. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist für die Anwendung des Strafeinschränkungsgrundes des § 48 StGB. kein Raum und es greifen statt dessen die Gesichtspunkte der mittelbaren Täterschaft Platz.

Die Urheberschaft an sich und auch die Erheblichkeit dieser psychischen Verursachung wird aber von vielen geleugnet, teils auf Grund ihrer Einstellung zur Frage der Willensfreiheit, teils aber auch auf Grund einer eigenen, von der herrschenden abweichenden Kausalitätslehre.

So halten es die einen für unmöglich, daß gegenüber einem freiwollenden Menschen überhaupt von Kausalität die Rede sein könne.[20]) Weil des Menschen Wille frei ist, kann der Anstifter nicht „durch das Medium des Täters sehen und sich versehen", wie Kohler sagt.[21]) Vielmehr werde durch den freien Willensentschluß des zurechnungsfähigen und mit voller Voraussicht des Erfolges handelnden Täters der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Anstifters und dem schließlichen Erfolge notwendig unterbrochen und es könne als Verursacher nur noch der physische Täter angesehen werden. Die Anstiftung werde als akzessorische Teilnahme an jener Tat bestraft.

Auch Heilborn bestreitet die Ursache des Erfolges durch den Anstifter.[22]) Nach seiner Ansicht ist die Anstiftertätigkeit lediglich für die Hervorrufung des Entschlusses kausal, aber nicht mehr für den Erfolg. „Mit der Hervorrufung des Entschlusses hat er alles getan, was er tun konnte und mußte. Der weitere Erfolg hängt nicht von ihm, sondern von dem Willen eines anderen Menschen ab."[23]) Singewald glaubt den Begriff der Ursache als der letzten Bedingung für das psychische Gebiet akzeptieren zu müssen. „Wir haben die Auffassung vertreten, daß das geltende Recht auf dem diesseitigen Indeterminismus beruht und haben

20) Finger, S. 282; Köstlin: System, S. 300. Katzenstein, S. 399.
21) Kohler, Studien, S. 142.
22) Heilborn, S. 81.
23) Heilborn, S. 82, 83.

uns des weiteren auf den Standpunkt gestellt, daß de lege lata auf psychischem Gebiet die letzte Bedingung Ursache ist. Von diesen Prämissen aus kann die Antwort nur so lauten, daß ein anderer nie Urheber unserer zurechenbaren Entschlüsse sein kann. Denn unter der Voraussetzung der Willensfreiheit setzt das Subjekt die letzte Bedingung für den Entschluß stets selbst.“ [24]) Birkmeyer [25]) sieht die wirksamste Bedingung als Erfolgsursache an. Die wirksamste Bedingung aber setzt ein mit freiem Willen sich entschließender und handelnder Täter, wenn auch der Anstifter Bedingungen dazu setzt. Diese sind mitverursachend, aber nicht entscheidend kausal. Für alle diese Lehrmeinungen, die den (psychischen) Verursachungscharakter aus einem der letztgenannten Gründe ablehnen, einen Urheber also nicht mehr im Anstifter erkennen, kann § 48 StGB. keine Strafeinschränkungsbestimmung für psychische Täterschaft sein, sondern nur eine akzessorisch an die strafbare Handlung gebundene strafrechtliche Erfassung des an der Tat irgendwie Beteiligten.

Beachtenswert erscheint uns noch die von Kohler [26]) vertretene Lehrmeinung. Er erkennt nicht nur die Verursachung der Anstiftung an, sondern folgert, aus dieser intellektuellen Urheberschaft als Täterschaft das Erfordernis, den Anstifter dem physischen Täter gleichzubehandeln. [27]) Auch § 48 StGB. in seinem Wortlaut könnte nicht dagegen sprechen,[28]) ebensowenig andere Gründe, die sich aus dem Sinn des § 50 StGB.[29]) und daraus, daß der Gesetzgeber den Teilnahmebegriff im 3. Abschnitt des Strafgesetzbuches behandele,[30]) ergeben. Inwieweit Kohler der Beweis für seine Behauptungen gelungen ist, interessiert uns hier nicht; die h. A. und die Rechtsprechung haben Kohlers Ansicht nicht geteilt. Denn, wenn der intellektuelle Urheber wie der physische behandelt werden soll, erhalten wir damit zwei Täter nebeneinander, die beide Täter einer strafbaren Handlung geworden sind und als solche natürlich unabhängig voneinander zu bestrafen sind und zwar je nach dem Maße ihres

24) Singewald, S. 52.
25) Birmeyer, Ursachenbegriff, S. 17, a E. 18.
26) Kohler, Studien, S. 106 ff.
27) Kohler, Studien, S. 114.
28) Kohler, Anstiftung und Agent provocateur, S. 2.
29) Kohler, Anstiftung und Agent provocateur, S. 2.
30) Kohler, Studien, S. 106.

Verschuldens. Daraus folgt, daß der intellektuelle Urheber beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes beim physischen Täter nicht straflos sein kann, sondern als selbständiger Täter zu bestrafen ist. Damit mußte Kohler die Akzessorietät konsequenterweise fallen lassen, die der Gesetzgeber jedoch in § 48 StGB. ausdrücklich festgelegt hat.

Aber wie wir gesehen haben, ist Kohler mit seiner Lehre von der intellektuellen Urheberschaft zu einer Vereinheitlichung und Verselbständigung des Teilnahmebegriffs gekommen. Wir werden später noch auf ihn zurückkommen. Aus diesen Darlegungen der objektiven Seite der Anstiftung ergibt sich auch die subjektive Seite. Die Frage, die uns hier zunächst berührt, lautet: worauf geht der Vorsatz des Anstifters? Zu dem Theorienstreit „Willenstheorie" oder „Vorstellungstheorie" brauchen wir keine Stellung zu nehmen; [31]) denn wir haben nicht die Elemente des Vorsatzbegriffes zu prüfen, sondern lediglich den U m f a n g des Anstiftervorsatzes. Der Vorsatz muß all das umfassen, was die Anstiftung objektiv charakterisiert. Bejahen wir die Kausalität der Anstiftung für den Erfolg, mit anderen Worten eine intellektuelle Urheberschaft oder sozusagen eine geistige Täterschaft des Anstifters, — die allerdings, wie wir bereits ausgeführt haben,[32]) in § 48 StGB. anders gewertet wird —, so kann der Umfang des Vorsatzes dieses geistigen Täters auch nur einem Tätervorsatz entsprechen. Das Reichsgericht [33]) sagt: „Wenn das Strafrecht den Anstifter und den Gehilfen straft, so geschieht dies nicht etwa deshalb, weil dieselben Schuld oder Mitschuld tragen, daß ein anderer sich strafbar macht, sondern weil sie dazu mitwirken, daß eine der gemeingefährlichen Handlungen, die im Teil II des Strafgesetzbuches bedroht sind, verübt wurde. Ihr Wille muß folgerichtig auf die Verübung einer solchen Handlung gerichtet sein. „Der Anstiftervorsatz erfordert also nicht nur die Kenntnis und das Wollen, daß in dem anderen der Entschluß zur Tat hervorgerufen wird, sondern auch das Wollen der Herbeiführung des Erfolges der Tat durch den Täter. Sowie es keinen Tätervorsatz gibt, der lediglich den Versuch einer Tat umfaßt, so kann es keinen Anstiftervorsatz geben, der nur den Versuch einer straf-

31) Vgl. auch Loewenheim, S. 16/17; Fleischmann S. 38, 39; Heilborn, S. 85.
32) Siehe oben S. 12.
33) RGStr.-E. 15/315.

baren Handlung einschließt. Der Vorsatz des Anstifters muß genau wie der des Täters stets auf die Vollendung der strafbaren Handlung gerichtet sein.[34]) So vertreten natürlich die Anhänger der intellektuellen Urheberschaft vor allem diese Vorsatzauffassung. Für sie kann es keinen Unterschied zwischen Täter- und Anstiftervorsatz geben, da der Anstifter ja Täter ist. Mithin kann dann kein Anstiftungsvorsatz vorliegen, wenn der Anstifter nur den Versuch der Tat und nicht die Vollendung will. „Denn wegen Versuchs kann ja auch der Täter nur dann bestraft werden, wenn er die vollendete Tat will und es nur beim Versuch der Tat bleibt." [35])

Bestreitet man aber, daß die Anstiftung eine Ursache des Erfolges, also der Vollendung der Tat des Angestifteten ist, und betrachtet man lediglich als Erfolg der Anstiftung die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses im Täter, so braucht auch der Vorsatz des Anstifters nur diese Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen.[36])

Wie wir gesehen haben, bestehen hinsichtlich der Vorsatzauffassungen zwei wesentlich unterschiedliche Lehrmeinungen, von denen die eine den Standpunkt vertritt, daß der Vorsatz des Anstifters auch den Erfolg der Tat des Angestifteten umfassen müsse, was unserer Ansicht nach auch dem Verletzungscharakter des geltenden Rechts entspricht, die andere aber glaubt, daß der Vorsatz lediglich die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses zu umfassen brauche. Eine Mittelmeinung nimmt Heilborn [37]) an, der als Inhalt des Anstiftervorsatzes die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses u n d die Handlung,[38]) sowie sie durch die Tätigkeit des Angestifteten erfolgen wird, ansieht. Deubert sagt: [39]) „Der Vorsatz geht darauf hinaus, daß der Täter begeht, — auf Anfang der Ausführung. Ein Anfang der Ausführung ist aber auch der strafbare Versuch." [40]) Damit dürfte wohl der An-

34) Gleicher Ansicht: Mezger, S. 435/36; Frank § 48, III. v. Hippel, II, S. 464; v. Liszt-Schmidt, S. 344; Hugo Meyer, S. 188; Allfeld, S. 207; Fleischmann, S. 43/44; Katzenstein, S. 411 ff.

35) Kohler, Anstiftung und Agent provocateur, S. 5.

36) Loewenheim, S. 20; Borchert, S. 56.

37) Heilborn, S. 87.

38) Vgl. Köhler, S. 524.

39) Deubert, S. 21/22.

40) Vgl. auch Olshausen § 48, Ziff. 14.

stifterbegriff des geltenden Rechts nach der Auffassung des Gesetzgebers und im Lichte der Lehrmeinungen in kurzen Zügen dargelegt sein.

Die Anstiftung nach Entwurf 1927.

Der Entwurf 1927 sieht in § 29 als Anstifter an, „wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt".

Bei der Betrachtung dieser wesentlich einfacheren Fassung der Strafvorschrift gegenüber der des geltenden Rechts taucht die Frage auf, ob und inwieweit sie auch eine wesentliche Aenderung des Anstifterbegriffes des geltenden Rechts bedeutet. Im Gegensatz zu § 48 StGB. verzichtet der Entwurf gänzlich auf die Anführung der Anstiftungsmittel. Dies bedeutet jedoch keine sachliche Aenderung, da in § 48 StGB. die Aufzählung der Mittel nicht erschöpfend, sondern nur beispielsweise gegeben ist.[41])

Des weiteren heißt es in § 28, „wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine T a t ausführt".

Er setzt also an die Stelle der „strafbaren Handlung" das Wort „Tat". Dem Wort Tat kommt aber auch hier die Bedeutung einer strafbaren Handlung zu. Denn schließlich wollte der Gesetzgeber keine Anstiftung zu nicht rechtswidrigen Taten unter Strafe stellen, vielmehr nur die Anstiftung zu rechtswidrigen Taten. Tat im Sinne des Entwurfs 1927 heißt also: eine gesetzlich mit Strafe bedrohte Handlung. Jedoch besteht gegenüber dem Begriff der strafbaren Handlung des geltenden Rechts insofern ein Wesensunterschied, als dieses die Schuld als konstitutives Element dieses Begriffs der strafbaren Handlung ansieht. Anders dagegen der Entwurf 1927. Für diesen ist strafbare Handlung jedes rechtswidrige tatbestandsmäßige Verhalten. Denn die Schuldausschließungsgründe sind im Entwurf 1927 zu persönlich wirkenden Strafausschließungsgründen herabgesunken. Infolgedessen bewirkt das Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes beim Täter nicht wie im geltenden Recht die Straffreiheit des Anstifters. § 31 Entwurf 1927 bestimmt denn auch, daß „die Strafbarkeit des Anstifters von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt, unabhängig ist".

Der Entwurf hat also die im geltenden Recht streng durchgeführte Akzessorietät der Teilnahme eingeschränkt, d. h. die

41) Vgl. RGStr.-E. 53/189.

Teilnahme unabhängig von der Schuld des Täters gemacht. Drost [42]) können wir unserer Ansicht nach darin beipflichten, daß er § 31 lediglich als eine Konstatierung dieser Limitierung der Akzessorietät ansieht.

Weiterhin verlangt das geltende Recht vorsätzliches Handeln des physischen Täters, während der Entwurf diese Vorsätzlichkeit der Tatausführung nicht besonders betont. Damit sollte aber nicht gesagt werden, daß der Entwurf die Vorsätzlichkeit des Handelns nicht verlangt. Im Gegenteil, hierin will er sich, wie er in seiner Begründung [43]) sagt, vom geltenden Recht nicht unterscheiden. Nur aus Gründen der Vereinfachung des Gesetzestextes ist die Weglassung des Wortes vorsätzlich zu erklären. Der Entwurf 1927 erfordert genau wie das geltende Recht zur Strafbarkeit vorsätzliches Handeln des Täters.

Eine sachliche Aenderung soll ebensowenig der Ausdruck „wer veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt" bedeuten. Das Gesetz will nur strafen, wenn ein strafbares Geschehen eingetreten ist, wenn also entsprechend unseren Ausführungen eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung vorliegt. Dafür, daß er dieses tatbestandsmäßige, rechtswidrige Geschehen veranlaßt hat, soll er bestraft werden. Veranlassen kann er die Tatausführung aber nur, indem er Lust- oder Unlustgefühle in dem anderen wachruft, die in diesem den Entschluß zur Tatausführung reifen lassen, auf Grund dessen er dann die Tat ausführt.[44]) Seine Tätigkeit ist also nach den Seite 11 ff. dargelegten Gründen kausal für die begangene strafbare Handlung. Der Anstifter ist nach Entwurf 1927 genau wie nach dem geltenden Recht Mitverursacher. Eine wesentliche Aenderung hat also der Anstifterbegriff des geltenden Rechts im Entwurf 1927 nur durch die Limitierung der Akzessorietät erfahren.[45])

Soll diese Limitierung, wie es in der Begründung heißt, die einzige Aenderung des Anstifterbegriffes bedeuten, dann ergibt sich auch weiterhin, wie Fleischmann [46]) sagt, aus den für das geltende Recht angeführten Gründen auch für den Entwurf 1927

42) Drost, S. 359 ff.
43) Begründung zum Entwurf 1927, S. 28.
44) Vgl. Begründung zum Entwurf 1927, S. 28.
45) Siehe Begründung zum Entwurf 1927, S. 28.
46) Fleischmann, a.a.O., S. 44.

das Erfordernis, daß sich der Anstiftervorsatz auf die Vollendung der Tat erstreckt. Es ergibt sich aber auch aus dem Wortlaut des Gesetzes. In § 26 (Versuch) versteht der Entwurf unter „Ausführung" nur die Vollendung einer Straftat. Denn, wenn schon Teilakte der strafbaren Handlung als Ausführung zu bezeichnen wären, so hätte der Begriff „Anfang der Ausführung" keinen Sinn. Es wäre dieser vielmehr ebenfalls schon Ausführung.

Die Anstiftung nach kommendem Strafrecht.

Da unser neues Strafrecht kurz vor seiner Vollendung steht, und neue, sachliche Aenderungen der bisherigen Vorschläge nicht mehr zu erwarten sind, dürfen wir die Vorschläge des Entwurfs der Strafrechtskommission in ihrer heutigen Fassung bereits als zukünftige Strafrechtsnormen ansehen. Inhaltlich decken sie sich im großen und ganzen mit den Forderungen der preußischen Denkschrift von 1933,[47]) mit den Gedanken der Reformarbeiten des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht [48]) und den zahlreichen Abhandlungen in Literatur und Presse.[49]) Die vom geltenden Recht und dem Entwurf 1927 so grundverschiedene Behandlung der fundamentalen Leitsätze des Strafrechts ist in der nationalsozialistischen Rechtsauffassung, die sich wesentlich von früheren Rechtsauffassungen — und so auch von der dem bisher geltenden Strafrecht zu Grunde gelegten — unterscheidet. Das Strafrecht dient nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung dem unmittelbaren Schutze der Daseinsbedingungen des Volkes gegen Rechtsverletzungen. Im Gegensatz zu dem bisherigen, im Strafgesetzbuch verkörperten Verletzungs- oder Erfolgsstrafrecht erblickt das nationalsozialistische Strafrecht den Ausgangspunkt zur Bestrafung in dem gefährlichen Wollen des Täters und macht dieses gefährliche Wollen zum Ausgangspunkt seiner strafrechtlichen Betrachtungen.

---

47) Nationalsoz. Strafrecht, Denkschr. d. preuß. Just.-Min.

48) Grundzüge eines allgem. deutschen Strafrechts.

49) Schneider-Neuenburg, die Gesetzgebung des Jahres 1933 auf d. Geb. d. Strafr. in JW. 63/25; Münster, Deutsche Strafr.-Ref. in JW. 63/461; Höhn, Staatsbegr., Strafr. u. Strafprozeß im Deutsch. Recht 5, S. 266; Gürtner, D. n. Strafr. Nov. Presseber. üb. d. Ziel der Strafrechtspflege in Köln. Zeitg. 6. 7. 35, Morgenblatt; Siegert: Grundzüge des Strafr. i. neuen Staate, 1933.

Das nationalsozialistische Strafrecht stellt sich daher als ein Willensstrafrecht dar.

Bei dieser Zielsetzung, das verbrecherische, gefährliche Wollen zu bekämpfen, muß der Strafrichter jeweils dann bereits eingreifen, wenn dieses verbrecherische Wollen in Erscheinung tritt. Das verbietet ein Abwarten des Strafrichters bis zum Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges, erfordert vielmehr eine „Vorverlegung der Verteidigungslinie“ [50]) gegen das Verbrechen und führt somit zur Schaffung des neuen Begriffs des „Unternehmens“ einer Straftat. Ob nun alle Tatbestände des besonderen Teils im neuen Strafgesetz in Unternehmenstatbestände umgewandelt werden, oder ob zu diesem Zweck nach dem Vorschlag v. Scheurl [51]) eine entsprechende Vorschrift im allgemeinen Teil eingesetzt wird, ist sachlich nicht von Bedeutung.

Hieraus ist schlüssigerweise die Folgerung zu ziehen, daß dieser neue Begriff des Unternehmens sich nicht auf die Ersetzung des bisherigen Versuchsbegriffs beschränkt, sondern daß er auch auf die verschiedenen Arten der Täterschaft, die Einzeltäterschaft, die Mittäterschaft, Nebentäterschaft, sowie die Anstiftung und Beihilfe und insbesondere auf den bei ihrer Bestrafung anzulegenden Maßstab seine Rechtswirkungen ausübt. Denn wenn das Gesetz in Zukunft seine Tatbestände auf das Unternehmen abstellt, kann nur noch ein Begriff der Täterschaft bestehen bleiben, nämlich (ein Begriff der Täterschaft) desjenigen, der es unternommen hat, oder Handlungen vorgenommen hat, die geeignet sind, diesen oder jenen Erfolg herbeizuführen. Unter diesem Gesichtspunkt mußte das neue Strafrecht auf dem sog. „extensiven Täterbegriff“ aufbauen. [52]) Vom Standpunkt dieses extensiven Täterbegriffs [53]) erscheinen die Teilnahmevorschriften als Strafeinschränkungsgründe. Denn sie begründen die Strafbarkeit nicht, die vielmehr bei jedem für den Erfolg kausalen Verhalten gegeben

50) Aus der Rede Gürtners, anläßl. der Eröffnung des 11. internat. Strafr.- und Gefängniskongresses.

51) v. Scheurl, Vorbereitung, Versuch und Vollendung im zukünftigen Strafr., in D. R., Heft 21/22, S. 532. v. Scheurl schlägt folgende Vorschrift vor: „Wer Handlungen vornimmt, die der Verwirklichung des von ihm geplanten Verbrechens dienen sollen, wird nach dem für die vollendete Tat vorgesehenen Strafrahmen bestraft.“

52) Vgl. die preuß. Denkschr. 1933, S. 131.

53) Siehe S. 12.

ist, sondern modifizieren sie. Neben der sich aus dem willensstrafrechtlichen Aufbau des Strafrechtssystems ergebenden Notwendigkeit zu dieser Stellungnahme sprachen auch wichtige kriminalpolitische Gründe hierfür.

Die Unterscheidung von Alleintäterschaft, Mittäterschaft, Nebentäterschaft, mittelbarer Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, hat nicht nur zu fast unüberwindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt, sondern sich auch insofern als ein im wesentlichen überflüssiger Formalismus erwiesen, als mit Ausnahme der Beihilfe alle im Gesetz erwähnten oder neben dem Gesetz von der Rechtsprechung entwickelten Formen der Beteiligung an strafbaren Handlungen unter die Täterschaftsstrafe fallen. Es sprach vor allem der Umstand dafür, daß der „restriktive Täterbegriff“ [54]) wegen des notwendigen kasuistischen Aufbaues der strafbaren Begehungs- und Beteiligungsformen und wegen der akzessorischen Ausgestaltung der Teilnahme keine Gewähr für die Erfassung aller strafwürdigen Fälle der Mitwirkung biete. Und wenn die Rechtsprechung dann in den Fällen der Anstiftung eines schuldlos handelnden Täters ohne gesetzliche Grundlage, aber mit unbedingter Notwendigkeit den Begriff der „mittelbaren Täterschaft“ anerkannte, dann hatte sie sich damit bereits auf den Boden der „extensiven Täterschaft“ begeben. Dagegen glaubte sie aber nicht, die Anstiftung eines zurechnungsfähigen und vorsätzlich handelnden Täters als Täterschaft anerkennen zu können. Dies tat allein Kohler,[55]) wie wir bereits erwähnten, und vereinheitlichte und verselbständigte damit den Täterbegriff. Er hatte damit Allein-, Mittäter- und mittelbare Täterschaft und Anstiftung unter einen Täterbegriff zusammengefaßt. Neben dieser Täterschaft ließ Kohler aber die Beihilfe noch als akzessorische Teilnahme an fremder Tat gelten.

Die Vorschläge zu unserem neuen Strafrecht jedoch wollten auch diese in den Täterbegriff mit einbeziehen und die preußische Denkschrift sogar forderte die gleiche Behandlung für diese Art des Mitwirksamwerdens wie für die Täterformen. Lediglich bei der Strafzumessung sei die Art und der Umfang der Mitwirkung

---

54) Vom Standpunkt des „restrektiven Täterbegriffes“ bedarf es zur Begründung der Strafbarkeit anderer Beteiligungsformen als der eigenhändigen Begehung besonderer strafausdehnender Bestimmungen.

55) Siehe oben, S. 14.

zu berücksichtigen. Darum schlug sie folgende Fassung vor: „Bestraft wird, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht oder zu ihrer Begehung mitwirkt.“ Gegen diese äußerlich grobe Vereinheitlichung des Täterbegriffes aber führte man verschiedene Argumente ins Feld, teils sogar aus sachlichen Bedenken, wie z. B. Oetker, der jede Kausalität des Gehilfen bestreitet,[56]) und den Begriff des Gehilfen dahin bestimmt, daß der Gehilfe ist, der zur Unterstützung des Täters oder Urhebers an der Tat Anteil nimmt, hauptsächlich aber aus formalen Bedenken, wie von Dohnanyi [57]) in seinem Bericht „über die Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission“ ausführt. Diese Formulierung des Täterbegriffes, wie sie die preußische Denkschrift vorschlage, sei zu abstrakt, und abstrakte Formulierungen gefährden die Volkstümlichkeit der Gesetze. Aus der rechtlichen Gleichbehandlung aller für die Herbeiführung eines Erfolges kausalen Willensbetätigungen folge nun keineswegs auch, daß die Bezeichnungen dieser Mitwirkungsformen aus der Sprache des Gesetzes ausgemerzt werden müßten. Nichts hindere den Gesetzgeber daran, bei der Fassung des Begriffs der Mitwirkung sich der exemplifikatorischen Methode zu bedienen und einzelne typische Arten der Mitwirkung im Gesetzestexte selbst als Beispiel der Mitwirkung aufzuzählen. Dieser Grund mochte dafür ausschlaggebend gewesen sein, daß die Kommission folgende Fassung wählte:

> „Strafbar ist, wer eine Tat begeht, zu ihr anstiftet, bei ihr hilft oder in anderer Weise bei ihr mitwirkt.“

Wird in dieser Vorschrift aber auch die Beihilfe als Art der Mitwirkung beispielsweise angeführt, kann sie auch nicht mehr generell als „geringeres Unrecht“ im Verhältnis zur Haupttat, wie im geltenden Recht, angesehen werden. Mithin ist eine o b l i g a t o r i s c h e Strafmilderung der Beihilfe im neuen Strafrecht nicht mehr gerechtfertigt. Wenn man aber andererseits bedenkt, daß die Unterstützungshandlung in den allermeisten Fällen jedoch rein äußerlich betrachtet, gegenüber der Haupttat weniger ins

56) Oetker: in Grundzüge eines allg. deutsch. Strafr. S. 127: „Nur der Täter setzt den Kausalzusammenhang in Bewegung. Sonach tut der Gehilfe weniger, denn er verursacht nicht.“ Auch den Täterbegriff will Oetker sachlich wieder in Täterschaft und Urheberschaft trennen. Vgl. S. 116 ff.

57) v. Dohnanyi, in das Kommende deutsche Strafr. S. 76/77.

Gewicht fällt, vor allem aber, daß in der Unterstützungshandlung eine geringere Intensivität des verbrecherischen Willens zum Ausdruck kommt, scheint es doch gerecht und billig, das Bedürfnis einer fakultativen Strafmilderung anzuerkennen, d. h. einer Strafmilderung beim Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen. Diesem Bedürfnis wollte die Kommission nachkommen und stellte daher den Satz auf: „Wer nur die Tat eines anderen unterstützen will und ihm nur Hilfe leistet, kann milder bestraft werden."

Die durch diese Privilegierung allzu leicht auftauchende Gefahr, wieder Theorienstreite beim Abgrenzungsversuch zwischen Unterstützungshandlungen und anderen Mitwirkungsformen aufkommen zu lassen, hat die Kommission dadurch zu vermeiden verstanden, daß sie im Wortlaut der Vorschrift die objektive Einschränkung des subjektiven Prinzips zum Ausdruck bringt.[58]) Im Hinblick auf die hier gestellte Aufgabe erhebt sich nun die Frage, welche Bedeutung diese Vereinheitlichung und Verselbständigung aller Formen der Mitwirksamkeit für das Wesen der Anstiftung hat. Um gleich auf Einzelfragen zu kommen, wir haben festzustellen, welchen Einfluß diese Verselbständigung der Anstiftung als eine Form der Täterschaft auf das im Gesetzestext des geltenden Rechts ausdrücklich zu ersehende Verbot der Anerkennung fahrlässiger Anstiftung zu vorsätzlicher oder gar fahrlässiger Tat, ferner auf das bisher geltende Erfordernis der Akzessorietät haben wird.

Vom Standpunkt unseres kommenden Strafrechts aus dürfte es wohl unzweifelhaft richtig sein, für vorsätzliche Mitwirkung an fahrlässiger Tat eine Strafmilderung nicht für angebracht zu halten.

Auch die Fälle der fahrlässigen Anstiftung zu vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln sind aus dem Umkreis der milder zu beurteilenden Formen der Mitwirkung im Sinne des geltenden Strafrechts ausgeschaltet.

Infolge der Kombination willensstrafrechtlicher Prinzipien mit dem „extensiven Täterbegriff" trifft schon denjenigen die Täterstrafe, der fahrlässig bewirkt, daß ein anderer es (vorsätzlich oder fahrlässig) unternimmt, ein Rechtsgut zu verletzen. Wer damit rechnen muß, daß es auf Grund seines Handelns zu einer solchen Verletzung kommen werde, kann nicht anders behandelt

58) Dort heißt es: „Wer unterstützen will, und nur Hilfe leistet.

werden als derjenige, der die Verletzung selbst herbeiführt. An und für sich ist die Annahme berechtigt, aus der Verselbständigung der Anstiftung als Mitwirkungsform zwangsläufig die Aufgabe des Akzessorietätserfordernisses zu folgern. Daß ein solcher Schluß in den Fällen der Beihilfe unsinnig wäre, dürfte wohl als selbstverständlich angesehen werden, da es doch keinem Zweifel unterliegt, daß eine Hilfeleistung begrifflich dort nicht in Frage kommen kann, wo nicht zumindest der äußere Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht ist. Jedoch bei der Anstiftung liegt die Sache anders. Denn begrifflich ist, genau wie bei jedem Täterdelikt, auch der Versuch einer Anstiftung möglich, d. h. eine erfolglose Anstiftung, also eine Anstiftungshandlung, der die gewollte Tat nicht folgte; die erfolglose Anstiftung wäre also auf Grund des Selbständigkeitscharakters wie der Versuch einer jeden anderen Tat strafrechtlich zu behandeln.

Um aber nicht eine Ausdehnung der Strafbarkeit herbeizuführen, an der die Rechtspflege schlechterdings kein Interesse hat, hat die Kommission hier auf die konsequente Durchführung eines Prinzips zu Gunsten des Grundsatzes: „Nicht mehr zu strafen, als nötig“ verzichtet.

Eine Erfassung der erfolglosen Anstiftung scheint nach allgemeinem Rechtsempfinden und auch im Hinblick auf die tatsächliche Gefährdungsmöglichkeit nur dann erforderlich, wenn das Delikt, zu welchem angestiftet werden soll, besonders schwer wiegt. Aus diesem Grunde stellte die Kommission für die erfolglose Anstiftung zu Verbrechen eine dem § 49 a StGB. entsprechende Regelung auf: „Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten sucht, oder wer das Anerbieten eines anderen, ein Verbrechen zu begehen, annimmt, wird bestraft, wie wenn er an der Tat mitgewirkt hätte, doch kann die Strafe gemildert werden. (Ebenso wird bestraft, wer sich zu einem Verbrechen erbietet oder sich auf das Ansinnen eines anderen zu einem Verbrechen bereit erklärt.)“

Diese Regelung unterscheidet sich vom § 49 a StGB. insofern, daß sie erstens auf die Beschreibung oder Aufzählung der Anstiftungsmittel verzichtet, und zweitens das Strafmaß der für die Tat selbst angedrohten Strafe entnimmt und dadurch nicht als ein sog. „Deliktum sui generis“ wie § 49 a des geltenden Rechts anzusehen ist. Wird also in dieser Regelung die erfolg-

lose Anstiftung zu einem Verbrechen unter Strafe gestellt, so bedarf es, um die sonstige erfolglose Anstiftung nicht auf Grund der Selbständigkeit als Tatversuch zu bestrafen, der Beibehaltung der Akzessorietät, wenn auch nur der limitierten Akzessorietät.

Die Strafbarkeit des Anstifters setzt also mindestens die Verwirklichung des äußeren Tatbestandes einer strafbaren Handlung voraus, es sei denn, daß er zu einem Verbrechen anstiftet.

Demnach ist auch der Satz: „Die Strafbarkeit jedes Mitwirkenden ist unabhängig von der Strafbarkeit der anderen Mitwirkenden" nur so aufzufassen, daß das Fehlen der Schuld oder Gründe, die diese ausschließen, persönlich wirken sollen und nicht anderen, die auch in irgend einer Art mitwirksam geworden sind, zugute kommen sollen.

Hielt man aber an der — wenn auch limitierten — Akzessorietät fest, so landete man damit notwendigerweise wieder auf dem Boden der „restriktiven Täterschaft". Denn die Akzessorietät ist mit dem extensiven Täterbegriff unvereinbar. Dieses Bedenken erachtete die Strafrechtskommission in ihrer Maitagung dieses Jahres für sehr schwerwiegend und es wurde erwogen, ob man nicht die Akzessorietät aufgeben solle zur konsequenten Durchführung des „extensiven Täterbegriffs", zumal auch vom Standpunkt des Willensstrafrechts aus es einen Widersinn bedeutet, die Verantwortlichkeit für eigenes Tun von dem Tun anderer abhängig zu machen. „Das hieße", wie Dohnanyi [59]) sagt, „die Strafbarkeit schuldhafter Betätigung verbrecherischen Willens dem Zufall preisgeben und den Strafprozeß zu einem Lotteriespiel herabzuwürdigen." Jedoch die Nachteile, die die Durchführung des „extensiven Täterbegriffs" in reiner Form mit sich bringt, erschienen nicht weniger schwerwiegend. Gerade das kommende Strafrecht will keine Einschränkung der Strafbarkeit, wo das Bedürfnis, zu strafen, vorhanden ist. Eine solche Einschränkung würde die Strafbarkeit des Gehilfen und Anstifters bei subjektiv qualifizierten Delikten erfahren. Da das Gesetz bei solchen Delikten ein Handeln aus Eigennutz oder Böswilligkeit usw. verlangt, muß bei Gleichstellung von Täterschaft und Teilnahme der Anstifter und Gehilfe dieses besondere subjektive Erfordernis aufweisen, um strafbar zu sein. Ebensowenig will aber auch das kommende Strafrecht, wie bereits S. 23/24 gesagt, eine Ausdehnung

59) v. Dohnanyi: Das kommende Strafr., allg. Teil 35, S. 110.

der Strafbarkeit, wo nicht das Bedürfnis, zu strafen, vorhanden ist. So behielt man denn die limitierte Akzessorietät bei und verzichtete auf die Durchführung der extensiven Täterschaft in reiner Form. Die Kommission schlug darum in zweiter Lesung folgende Vorschriften vor: „Die Strafdrohung des Gesetzes gilt für den, der schuldhaft die Tat selbst oder durch einen anderen ausführt oder vorsätzlich zu ihr anstiftet oder Hilfe leistet.

Der Gehilfe kann milder bestraft werden.

Sind mehrere an einer Straftat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld eines anderen Beteiligten nach seiner Schuld strafbar.

Bleibt die Anstiftung erfolglos, so wird der Anstifter wie ein Täter bestraft, wenn die gewollte Straftat mit dem Tode oder mit Zuchthaus bedroht wird.

Die Strafe kann gemildert werden."

Im Hinblick auf die Aufstellung des neuen Begriffs des Unternehmens im kommenden Strafrecht liegt es nun nahe, daraus Folgerungen auf den Vorsatzumfang des Täters bezw. Anstifters zu ziehen. Denkbar ist folgende Schlußziehung für eine Vorsatzcharakterisierung:

Wie im geltenden Recht und im Entwurf 1927, so ist auch im kommenden Strafrecht erforderlich, daß die innere Seite der Tat, die Einstellung des Täters, auf das gerichtet sein muß, was die Tat objektiv charakterisiert. Wie wir gesehen haben, wird im kommenden Strafrecht eine Verschiebung der Tatbestände insoweit vollzogen, daß als Tatbestandsverwirklichung — und das soll vor allem für die Erfolgsdelikte gelten — der Versuch eines Verbrechens (d. h. Versuch im Sinne des geltenden Rechts) anzusehen ist. Wenn nun im künftigen Strafrecht bereits durch Begehung einer bisher als Versuch bezeichneten Handlung der Tatbestand des Unternehmens der strafbaren Handlung gegeben ist, so bedarf es hinsichtlich der subjektiven Seite einer solchen Handlung auch keineswegs mehr als der Erstreckung des Vorsatzes auf diese im Unternehmen gegebene Tatbestandsverwirklichung. Der Vorsatz muß all das umfassen, was die Tat objektiv charakterisiert. Aber er braucht auch nicht mehr zu umfassen, es sei denn im Gesetz besonders betont.

Wir wollen noch andere Gesichtspunkte anführen, die für eine solche Vorsatzdefinition sprechen:

Aus dem Gegensatz zwischen dem geltenden Verletzungs- und Erfolgsstrafrecht und dem zukünftigen Strafrecht läßt sich folgendes Argument ableiten: Vom Standpunkt des dem Schutze des Einzelnen dienenden Erfolgs- und Verletzungsstrafrechts aus betrachtet mag es richtig sein, einen Vorsatz, der auf die Verletzung selbst nicht gerichtet ist, ja sogar auch den Vorsatz, der schon die formelle, aber nicht die materielle Verletzung umfaßt, als nicht genügend zu erachten, weil er eben nicht auf die tatsächliche Schädigung des zu schützenden Rechtsgutes abzielt.[60]) Das kommende Strafrecht, das seine erste und vornehmste Aufgabe darin erblickt, die im Einklang mit dem Volksempfinden aufgestellte Friedensordnung zu erhalten und zu schützen, muß diese Aufgabe mit strenger Gesetzesanwendung durchführen. Wer eine strafbare Handlung begeht, ist damit zum Feind der völkischen Friedensordnung geworden und hat Strafe verdient, wenn er diesen Verstoß gegen die völkische Friedensordnung gewollt hat, wollte er auch einen einzelnen Volksgenossen nicht schädigen.

Objektiv Unternehmenstatbestände aufstellen und subjektiv Vollendungsvorsatz verlangen, das bedeutet aber eine Zurückverlagerung der Begriffe auf subjektivem Gebiet, die man auf objektivem Gebiet auf ein früheres Handlungsstadium des Täters vorgeschoben hat, und das darf nicht zugelassen werden.

Schließlich lassen sich noch Gesichtspunkte der Beweisschwierigkeit heranziehen: Sollte es unbedingt erforderlich sein, daß der Vorsatz des Anstifters auf die Vollendung oder Verletzung gerichtet sein muß, so kann sich der Täter bei den Erfolgsdelikten stets darauf berufen, er habe eine Verletzung des bedrohten Rechtsgutes durch sein „Unternehmen" nicht gewollt.

So logisch und befriedigend diese Folgerung aus dem Begriff des Unternehmens für die Bestimmung des Vorsatzumfanges uns auch erscheinen mag, und so einleuchtend auch die dafür sprechenden Gesichtspunkte sein mögen, es bleibt dennoch auch im kommenden Strafrecht bei der herrschenden Auffassung, daß der Vorsatz des Täters, mithin auch des Anstifters, auf die Vollendung der Tat gerichtet sein muß. Denn der Wille des Gesetzgebers geht darauf hinaus, im kommenden Strafrecht den verbrecherischen Willen, s o b a l d e r i n E r s c h e i n u n g t r i t t , a l s o b e t ä t i g t w i r d, zu bekämpfen im Gegensatz zum geltenden Recht,

60) Vertreten von Allfeld, a. a. O., S. 209. Hugo Meyer, S. 188.

das mehr oder weniger die Verletzung — begangen in verbrecherischer Absicht — zum Ausgangspunkt der Strafbestimmungen machte. Nicht aber will der Gesetzgeber im kommenden Strafrecht eine neue Bestimmung oder Umschreibung des verbrecherischen Willens, mithin auch des Vorsatzumfanges, aufstellen. Es verträgt sich nicht mit dem Charakter des Willensstrafrechts, ja es bedeutet eine Auflösung des Willensstrafrechts in Gefährdungstatbestände, wollte man jeden Vorsatz, der die Vollendung der Tat nicht umfaßt, als Täter- bezw. Anstiftervorsatz gelten lassen. Jede Betätigung des verbrecherischen Willens soll strafbar sein; aber diese Betätigung muß von dem ernsten Tatausführungswillen des Täters getragen sein. Die Aufstellung des Begriffs des Unternehmens soll nur die Wirkung haben, daß der Beginn der auf Tatausführung gerichteten Willensbetätigung bereits strafbar sein soll. „An die Stelle des durch die Willensbetätigung herbeigeführten Erfolges oder an die Stelle der Vollendung der Willensbetätigung tritt im kommenden Strafrecht die auf die Herbeiführung des Erfolges oder die Vollendung der beschlossenen Tat gerichtete Willensbetätigung.“ [61]) Demnach muß auch der Anstifter nach kommendem Strafrecht Vollendungsvorsatz haben.

Nachdem wir die Anstiftung nach geltendem Recht, dem Entwurf 1927 und dem kommenden Strafrecht betrachtet haben, wollen wir uns nun im folgenden der eigentlichen strafrechtlichen Beurteilung des Lockspitzels zuwenden. Dabei wollen wir vor allem versuchen, Lösungen zu finden, die unserm in der moralischen Wertung gefundenen Strafbedürfnis gerecht werden.

Stellen wir uns nun noch einmal die Frage, ob der Lockspitzel als Anstifter bezeichnet werden kann, so können wir sie schon jetzt dahin beantworten, daß die Möglichkeit hierzu in erster Linie davon abhängig ist, wie weit der Lockspitzel den von ihm Verleiteten tätig werden lassen wollte.

1. Der Lockspitzel beabsichtigt nur den strafbaren Versuch des Verleiteten.

Es wurde eingangs unserer Ausführungen bereits gesagt, daß gerade bei Versuchsdelikten der Lockspitzel meist den Täter nur

61) Freisler, in Das kommende Strafr., allg. Teil, 1934 und 1935, S. 30 bezw. 32.

solange handeln läßt, bis er sich strafbar gemacht hat, daß er also die Tat nur bis zum strafbaren Versuch gedeihen läßt und dann die Vollendung selbst hindert oder hindern läßt.

a) Nehmen wir zunächst an, die Verhinderung gelingt ihm, und es bleibt, wie beabsichtigt, beim strafbaren Versuch des Verleiteten.

Legen wir bei unserer Untersuchung erst das geltende Recht zugrunde.

Wir haben die Auffassung vertreten, daß nach geltendem Recht der Vorsatz des Anstifters die Vollendung der Tat, also die Verletzung, umfassen muß. Ein Vorsatz, der nur den Versuch einer strafbaren Handlung umfaßt, genügt nicht. Wer also einen anderen zu einer strafbaren Handlung verleitet, aber nicht will, daß die Tat vollendet werden soll, hat zwar objektiv die Tätigkeit eines Anstifters ausgeführt, aber ohne Anstiftervorsatz gehandelt und kann deshalb als Anstifter nicht bestraft werden.[62]) Es fragt sich nun, ob nicht andere Bestrafungsmöglichkeiten nach dem geltenden Recht gegeben sind.

Eine Untersuchung, ob der Lockspitzel als mittelbarer Täter bestraft werden kann, dürfte müßig sein. Denn der Lockspitzel will ja gerade, daß der von ihm Verleitete sich strafbar mache, also bestraft werden kann, und wird sich darum niemals an einen Menschen wenden, der unzurechnungsfähig ist oder aus sonst einem Grunde für seine Tat nicht bestraft werden kann.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe kann eine Bestrafung nicht in Frage kommen. Wenn sich auch die Tätigkeit des Lockspitzels physisch oder psychisch als Gehilfenhandlung darstellen kann, so fehlt es ihm doch an dem nötigen Gehilfenvorsatz. Dieser muß darauf gerichtet sein, daß die Tat vollendet werde. Die Beihilfe zum Versuch einer strafbaren Handlung, d. h. hier die Unterstützungshandlung, die mit dem Vorsatz, daß es nur zum Versuch kommen soll, geleistet wird, ist aber straflos. Wir können, wie wir gesehen haben, in diesem Falle zu keiner Bestrafung des Lockspitzels für die Verleitung zu der begangenen

62) Gleicher Ansicht: Kohler, Anstiftung und Agent provocateur, S. 5; Mezger, S. 435; 436. v. Liszt-Schmidt, S. 344; v. Hippel, S. 464; Allfeld, S. 210; Hugo Meyer, S. 188; Katzenstein, S. 418; Deubert, S. 18/19; Singewald, S. 119. a. a.: Olshausen, § 48, Ziff. 14; Heilborn, S. 85 ff; Löwenheim, S. 50; Borchert, S. 57.

strafbaren Handlung kommen, da wir ihm weder Täter- noch Teilnehmercharakter im Sinne des geltenden Rechts zuerkennen können. Es fehlt an einer Bestrafungsmöglichkeit, wo wir vielfach das Bedürfnis nach Bestrafung empfinden; zumal dann, wenn es sich um Verleitung an und für sich nichtkrimineller Menschen handelt. Es ist allerdings mehr eine Bestrafung für Verführung oder Verschlechterung anderer Menschen, wie Kohler sich ausdrückt,[63]) die man hierbei im Auge hat, und wenn eine Bestrafung nicht durch die allgemeinen Strafvorschriften des geltenden Rechts erfaßt werden kann, so liegt darin ein Mangel des geltenden Rechts.

Die Anzeigepflicht § 139 StGB.:

Es bleibt in diesem Falle noch zu prüfen, ob eine Bestrafung des Lockspitzels nicht dann zu erwägen sei, wenn er keine Anzeige erstattete.

Nach § 139 StGB. ist wegen Unterlassung der Anzeige zu bestrafen, wer trotz glaubhafter Kenntnis von dem Vorhaben gewisser besonders schwerer Delikte zu einer Zeit, zu der ihre Verhinderung noch möglich ist, es unterläßt, hiervon der Behörde oder der bedrohten Person rechtzeitig Anzeige zu machen, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist. In sehr vielen Fällen wird der Lockspitzel dieser Pflicht Genüge getan haben, sei es, daß er als Polizeibeauftragter handelt und seine vorgesetzte Behörde von seinem Plan unterrichtet ist, sei es, daß er zu einer Tat angestiftet hat, die gegen seine eigenen Rechtsinteressen gerichtet ist — dann ist er ja selbst der Bedrohte —, oder sei es schließlich, daß er denjenigen, gegen dessen Rechtsinteressen der Angriff gerichtet werden soll, vorher hierüber unterrichtet hat.

Wie ist es aber in den Fällen, in denen er weder der Polizei, noch dem Bedrohten Anzeige von dem geplanten Verbrechen gemacht hat?

Es ist nötig, auch an dieser Stelle wieder herauszustellen, daß der Lockspitzel in dem hier zu behandelnden Fall nur den Versuch der Tat will und die Vollendung seiner Absicht gemäß auch tatsächlich verhindert wird. Folglich ist eine Untersuchung der Anzeigepflicht von dem Zeitpunkt an, an dem der Versuch bereits

63) Kohler, Anstiftung und Agent provocateur, S. 10.

begangen ist, hier müßig, weil keine Vollendung mehr droht und er dann, wenn der strafbare Versuch begangen worden ist, den verführten Täter programmgemäß der Polizei zur Bestrafung ausliefert. Es handelt sich hier also nur um die Prüfung der Frage, ob er dann, wenn der Täter angestiftet und schließlich zur Tat entschlossen ist, also v o r der Tatausführung zur Anzeige der Polizei oder dem Bedrohten verpflichtet ist. Die Anzeigepflicht in diesem wie in jedem Lockspitzelfall ist grundsätzlich zu verneinen. Denn das Reichsgericht [64]) sagt: „Die Anzeigepflicht setzt voraus, daß der Unterlassende der Tat völlig fremd gegenübersteht. Er darf also weder Täter, noch Anstifter oder Gehilfe bei der Tat sein. Für diese entfällt die Pflicht zur Anzeige. Es ist § 139 StGB. sogar dann schon nicht anwendbar, wenn der Unterlassende der Täterschaft oder Teilnahme an der nicht zur Anzeige gebrachten Tat verdächtig erscheint."

Wenn Fleischmann [65]) sagt, der Zweck der Strafbestimmung spreche für die Anzeigepflicht des Lockspitzels, so können wir diese Ansicht nicht teilen. Der Zweck ergibt sich klar aus dem scharfen Gegensatz von Verbrechensvorhaben und Verbrechensverwirklichung. Jenes soll angezeigt werden, damit diese hintertrieben werden kann. Die Anzeige ist also ein Hinderungsmittel. Sie ist aber, wie Bindung [66]) ausführt, nicht das e i n z i g mögliche Hinderungsmittel, wenn auch heute das einzig gebotene (früher war Hinderung durch alle verfügbaren Mittel geboten). „Die Anzeige ist das gesetzlich geforderte Minimum; leistet der Verpflichtete freiwillig mehr, und hintertreibt er durch andere, ihm verfügbare Mittel das Verbrechen wirklich, so wird das Anzeigegebot nicht praktisch."

Vom Standpunkt des Erfolgs- und Verletzungscharakters des geltenden Strafrechts wäre es unbillig, die Hintertreibung des Verbrechens so aufzufassen, daß auch der Versuch bereits verhindert werden müsse. Denn wenn der Anzeigepflichtige mit Erfolg die Verbrechensverwirklichung hindert, hat er damit das getan, was das Gesetz will. Dann bestand also keine Anzeigepflicht. Wollte man ihn dennoch primär für anzeigepflichtig halten, so folgt durch

64) Mitgeteilt in JW. 34/1357.
65) Fleischmann, S. 59.
66) Binding, Lehrbuch II, S. 673/74.

die Verhinderung der Vollendung des versuchten Verbrechens die Straflosigkeit zumindest auf dem Wege der Analogie.[67])

Die strafrechtliche Beurteilung nach dem Entwurf 1927 führt zu den gleichen Ergebnissen wie den nach dem geltenden Recht gewonnenen. Da auch im Entwurf 1927 Anstiftervorsatz nur dann vorhanden ist, wenn der Anstifter die Vollendung der Tat will, kann eine Bestrafung des Lockspitzels als Anstifter auch nach dem Entwurf 1927 hier nicht in Frage kommen. Im Entwurf ist das Anwendungsgebiet der mittelbaren Täterschaft durch die Absorbierung der Schuld aus dem Begriff der strafbaren Handlung sozusagen überflüssig geworden; denn die meisten Fälle, die im geltenden Recht unter dem Begriff der mittelbaren Täterschaft Berücksichtigung fanden, werden durch den Begriff der Anstiftung erfaßt. Aus unserer Betrachtung scheidet die mittelbare Täterschaft aus, — mag sie nun unter dem Begriff der Anstiftung untergebracht sein oder in einzelnen, wenigen Fällen ihren Charakter gewahrt haben, — und zwar aus den Gründen, die wir auch schon bei der Untersuchung nach geltendem Recht dargelegt haben. Der Lockspitzel, der die Bestrafung desjenigen, den er verleitet, will, wird darauf bedacht sein, daß dieser voll und ganz schuldhaft handelt.

Auch hinsichtlich der Beihilfe gilt das früher Gesagte. Will der Lockspitzel die Vollendung der Tat nicht, so fehlt ihm der Gehilfenvorsatz.

Bezüglich der Anzeigepflicht gilt auch nach dem Entwurf das Gleiche wie nach geltendem Recht. Die Anzeige ist ein Verhinderungsmittel der Verbrechensverwirklichung und sie ist da überflüssig, wo die Verbrechensverwirklichung bereits auf andere Art unmöglich gemacht worden ist. Und wenn wir bei der Zugrundelegung des geltenden Rechts bei der Verhinderung der Vollendung des versuchten Verbrechens die Straflosigkeit im Wege der Analogie zumindest erfolgen ließen, so verweist uns hierauf ausdrücklich der Absatz VI des § 199 des Entwurfs 1927.[68])

Die Untersuchungen nach geltendem Recht und dem Entwurf 1927 zeigten also, daß der Lockspitzel in dem Falle, daß er den Täter zu einer strafbaren Handlung anstiftet und es nur bis zum strafbaren Versuch kommen läßt, weder als Täter noch als An-

67) Frank, § 139, VIII.
68) Siehe oben!

stifter noch aus einer anderen Strafbestimmung zur Rechenschaft gezogen werden kann. Mag er nun Verbrecher entlarven oder harmlose Menschen verführen und dem Strafrichter ausliefern.

Behandeln wir nun diesen Fall nach dem kommenden Strafrecht.

Eine Charakterisierung des neuen Strafrechts und die daraus resultierende Stellung des Anstifters haben wir bereits ausführlich gegeben und sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß auch das kommende Strafrecht in gleicher Weise wie das geltende und auch der Entwurf 1927 nur den auf Tatvollendung gerichteten Vorsatz als Anstifter- bezw. Tätervorsatz ansieht. Darum kann auch das kommende Strafrecht den Lockspitzel dann nicht als Anstifter bezeichnen und bestrafen, wenn er nur will und auch dafür sorgt, daß die strafbare Handlung versucht, aber nicht vollendet wird. Damit hätten wir also doch wieder den unbilligen Fall, daß der Strafrichter sich gezwungen sieht, den Verführten zu bestrafen und den Lockspitzel straflos ausgehen zu lassen und sich dadurch zum „Spießgesellen des Lockspitzels“ herabwürdigen muß. Auch das kommende Strafrecht würde Lücken im Netz seiner Vorschriften offen lassen, durch die schlechte Elemente der Volksgemeinschaft der Strafgewalt entschlüpfen können. Wir erwarten vom kommenden Strafrecht die Bestrafung dessen, der gegen das völkische Sittengesetz verstößt. Wir erwarten die Bestrafung des Lockspitzels, weil wir die Lockspitzelarbeit als niederträchtig und unmoralisch ansehen und vertreten damit die Meinung der gesamten Volksgemeinschaft. Wir erwarten sie aber auch aus rein rechtlichen Gesichtspunkten heraus, weil der Lockspitzel will und veranlaßt, daß ein Verstoß gegen die völkische Friedensordnung begangen wird, indem er einen anderen eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen läßt. Aber ein Vorwurf darf den Gesetzgeber nicht darum treffen, weil er diesen Fall der Anstiftung nicht berücksichtigt und etwa den Vorsatzumfang mit Rücksicht auf solche Fälle nicht neu bestimmt hat. Das Gesetz kann nicht alle Fälle strafwürdigen Tuns in seinen Vorschriften erfassen. Das Gesetz wird immer eine unvollkommene Aufzählung der gegen die völkische Lebens- und Friedensordnung verstoßenden Handlungen bleiben. Bei der Vielseitigkeit des Lebens kann der Gesetzgeber nicht alle Wege übersehen und voraussehen, auf denen verbrecherische Elemente sich an der Volksgemeinschaft vergehen.

Aber gerade der neue Staat hat ein Interesse daran, alle Verstöße gegen den völkischen Rechtsfrieden zu ahnden, soll doch sein Recht, und so vor allem sein Strafrecht, ethisierend wirken. Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Gesetzgebers, im kommenden Strafrecht Wege und Mittel zu finden, durch die solche Lücken im Gesetz geschlossen werden, die dem Verbrecher ein Entschlüpfen vor der Strafgewalt unmöglich machen. Das kommende Strafrecht darf sich nicht den Vorwurf machen lassen, genau wie das geltende Recht noch eine „magna charta" des Verbrechers zu sein. „Das Strafrecht des nationalsozialistischen Staates darf nicht auf die Erwartungen derjenigen abgestellt werden, die ein Interesse an der Grenzziehung des Strafrechts haben, weil sie sich auf dem schlüpfrigen und schmalen Gebiet zwischen sittlich mißbilligtem, aber strafrechtlich nicht erfaßtem Tun bewegen wollen." [69]) „Die bisherige Bindung des Strafrichters, die in der formal-individualistischen Garantie des Satzes „Nullum crimen, nulla poena sine lege" ihren Ausdruck fand, muß von einer neuen Bindung des Strafrichters abgelöst werden, die ihren Inhalt in der formgelösten, substantiell betonten Garantie finden soll, daß jedes nach seinem materiellen Unrechts- oder Schuldgehalt strafwürdige Verhalten die angemessene Strafe nach sich zieht." [70]) „Das formale Recht muß durch materielle Gerechtigkeit überwunden werden." [71]) Aus diesem Grunde hat das kommende Strafrecht das Verbot der Analogie abgelehnt und durch Zulassung, ja sogar durch die Verpflichtung des Strafrichters zur Analogie die Bestrafung jedes strafwürdigen Verhaltens garantiert. Die Staatsführung erließ mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit, die Bindung des Strafrichters an das Analogieverbot bis zur Fertigstellung des neuen Strafgesetzes aufrechtzuerhalten und dadurch Recht sprechen zu müssen im neuen Staat, das der Grundauffassung dieses Staates nicht entsprach, am 28. VI. 1935 das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuches und änderte hierin den § 2 des geltenden Strafrechts dahin um, daß künftig der bestraft wird, der eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden

69) Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staate, S. 68.
70) Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staate, S. 69.
71) Freisler: in Schutz des Volkes oder des Rechtssprechers.

Bestrafung verdient. Weiter heißt es dann: „Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft."

In diesem neuen § 2 gibt das Gesetz dem Richter neben dem geschriebenen Gesetz als Rechtsquelle zur Urteilsfindung eine zweite ihm gleichwertige ungeschriebene Rechtsquelle, die unmittelbar aus den dem geschriebenen Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken und dem gesunden Volksempfinden fließt. Der Richter soll die Rechtsgedanken, die bereits in einem Strafgesetz niedergelegt sind, herausarbeiten und in freier Rechtsschöpfung in entsprechender Anwendung über den ursprünglichen Wortlaut des Gesetzes hinaus fortbilden. Doch über diese freiere Auslegung, die sog. Gesetzesanalogie, wird in „den Grundzügen eines allgemeinen deutschen Strafrechts" [72]) die Zulassung der Rechtsanalogie gefordert. „Volksschädliches Verhalten, dem im Wege der Auslegung und Gesetzesanalogie nicht beizukommen ist, darf der Bestrafung nicht entgehen. Abhilfe ist durch Rechtsanalogie zu schaffen." Der Rechtsgedanke kann so gestaltet sein, daß seine Berücksichtigung im Wege der, wenn auch entsprechenden, Auslegung des Strafgesetzes nicht möglich erscheint, er kann sich auch aus einer Mehrzahl von Strafgesetzen, die zum Teil auch außerstrafrechtliche Gesetze sein können, ergeben. Ein ausdrückliches Verbot der Rechtsanalogie kann darum nicht ausgesprochen werden, weil eine scharfe Trennungslinie zwischen beiden Analogieformen nicht möglich ist.

Für uns ist bei der Lösung unserer Aufgabe jedenfalls von Bedeutung, daß wir bereits heute durch das Gesetz vom 28. VI. 1935 in der Lage sind, das geltende Strafrecht analog anzuwenden; bei der Gesetzesbetrachtung ist dann nicht mehr für uns maßgebend der Wille des historischen Gesetzgebers, sondern der lebendig fortentwickelte Wille des heutigen Gesetzgebers.

Bleiben wir jedoch zunächst bei unserer Betrachtung dieses Lockspitzelfalles nach dem kommenden Strafrecht. Da auch im geltenden Strafrecht nur der Umstand, daß er die Vollendung der strafbaren Handlung nicht gewollt hat, uns veranlaßt hat, ihn

---

72) Siehe S. 11, Grundzüge. Vgl. dazu Luetgebrune in Grundzüge, allg. Teil, 34, S. 42/43.

nicht als Anstifter anzusehen und zu bestrafen, würde jedoch durch die auf Grund des Gesetzes vom 28. VI. 1935 gegebene Zulassung der Analogie ermöglichte Lösung sich von der Lösung nicht unterscheiden, die wir unter Zugrundelegung des kommenden Strafrechts finden. Wir wollen versuchen, auf diesem Wege die „Lücke im Gesetz" zu schließen und doch zu einer Bestrafung des Lockspitzels als Anstifter kommen. Nach dem Rechtsgedanken, der der Anstiftervorschrift des geltenden, wie auch des kommenden Strafrechts zugrunde liegt, soll doch jemand in erster Linie dafür bestraft werden, daß er die strafbare Handlung des anderen bewußt verursacht hat. Und diese bewußte Verursachung ist ja auch in unserm Falle gegeben. Es konnte niemals Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, d e n nicht als Anstifter zu bezeichnen, der so vorsichtig ist, es nicht zur Vollendung kommen zu lassen. Das Verletzungsstrafrecht hatte in diesem Falle lediglich kein Interesse an der Bestrafung; und wenn das neue Strafrecht diesen Fall nicht berücksichtigt hat, soll darin nicht zum Ausdruck komen, daß es ebenfalls kein Interesse an der Bestrafung habe. Wir haben allerdings festgestellt, daß das kommende Strafrecht auf Grund seines willensstrafrechtlichen Charakters daran festhalten muß, daß zum Vorsatz eines Täters oder Anstifters der Tatvollendungswille gehört. Dies bedingte für den Lockspitzel eine Gesetzeslücke, die aber nicht dem Lockspitzel in diesem Falle Straffreiheit garantieren sollte, sondern die leider eine notwendige Folge der konsequenten Durchführung des Willensprinzips war. Gerade der Umstand, daß es sich um eine typische Gesetzeslücke, nicht aber um eine Grenzziehung des strafrechtlichen Erfassens handelt, daß weiterhin eine Bestrafung nach gesundem Volksempfinden gerechtfertigt und erforderlich erscheint, veranlaßt uns, in diesem Falle dennoch die Bestrafung als Anstifter als zulässig zu erachten.

Auch wenn wir heute noch das geltende Recht anwenden, ist für uns, wie wir gesagt haben, nicht mehr der Wille des historischen Gesetzgebers maßgebend, sondern der lebendig fortentwickelte Wille des heutigen Gesetzgebers; d. h. wir haben dem Gesetz den Sinn zu geben, der unserer heutigen Strafrechtsauffassung entspricht. Darum betrachten wir es nicht mehr als Verletzungsstrafrecht, sondern nach dem Zweck, den es in unserem Staate haben soll, und der liegt in der Hauptsache in der Wahrung

der völkischen Friedensordnung, durch Bekämpfung eines jeden verbrecherischen Willens.

So kommen wir also auch heute schon zu gleichen Ergebnissen, wie sie das kommende Strafrecht bringen wird. Der Lockspitzel entgeht nicht mehr der verdienten Bestrafung, und damit ist der am häufigsten vorkommenden Tätigkeit des Lockspitzels endgültig das Arbeitsfeld entzogen. Wir haben uns durch die Bejahung der Strafbarkeit allerdings schon auf Voraussetzungen gestützt, deren Vorhandensein noch nicht im einzelnen festgelegt ist. Wir haben noch nicht festgestellt, ob Unrechtsausschließungsgründe gegeben sein können und noch nicht geprüft, ob der Vorsatz nicht durch Irrtum oder sonstige Gründe ausgeschlossen sein kann. Es kam uns ja zunächst mehr auf eine Gegenüberstellung der grundsätzlichen Stellungnahme des kommenden Strafrechts gegenüber dem geltenden Strafrecht und dem Entwurf 1927 an. Da wir nun einmal bei der Vorsatzuntersuchung stehen, halten wir es der Einfachheit halber für richtig, nun gleich der Prüfung des Umfanges des Vorsatzes die Behandlung der Irrtumsfragen folgen zu lassen.

Das führt uns zunächst einmal zu einer kurzen Aufrollung des gesamten Irrtumsproblems des kommenden Strafrechts und dann weiter zur Beantwortung der Einzelfragen, welcher Irrtum im kommenden Strafrecht den Vorsatz ausschließt, und inwiefern sich der Lockspitzel irren konnte.

Die ungenaue Stellungnahme des geltenden Strafgesetzes in § 59 StGB. führte zu den mannigfaltigsten Auslegungsversuchen in der Literatur und Rechtsprechung, wodurch die Lösung des Problems immer schwieriger und der Weg zu einer einheitlichen Lehrmeinung immer verzweigter wurde. Zwar trifft dies nicht auf den Tatsachenirrtum und den analogen Fall irrtümlicher Annahme eines Strafausschließungsgrundes zu, aber dafür umsomehr auf die Fragen des Rechtsirrtums, sei es nun, daß es sich um einen Irrtum über sog. Komplexbegriffe oder den sog. Subsumtionsirrtum handelt, oder sei es, daß es um einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat geht. Hier machte sich vor allem das Fehlen einer Stellungnahme des geltenden Strafgesetzbuches bemerkbar, wo die Wissenschaft zu keinem einheitlichen Ergebnis, geschweige denn einer befriedigenden Lösung gelangen konnte und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu diesen Fragen auf das Heftigste

umstritten ist, besonders wegen seiner in ständiger Praxis festgehaltenen Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum. Diesen Zustand der Rechtsunsicherheit will das kommende Strafrecht nicht bestehen lassen. Es darf also nicht, wie das geltende Strafrecht, an den Problemen des Rechtsirrtums vorübergehen, sondern muß nach einer gerechten, einfachen und gemeinverständlichen Lösung streben. Diese Lösung ermöglicht das kommende Strafrecht durch die Ausgestaltung der Begriffsbestimmungen der beiden Schuldformen, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit unter Zugrundelegung seiner allgemeinen Grundeinstellung als Willensstrafrecht. Proklamiert es als solches den Kampf dem verbrecherischen Willen, so „erhält diese Kampfansage ihre volle innere Berechtigung erst dann, wenn sie nicht einem mehr formal — als Kennen oder Kennenmüssen der äußeren Tatumstände — gefaßten Willen gilt, sondern einem Willen, der von dem Bewußtsein getragen ist, Unrecht zu tun; Unrecht nicht bloß in dem Sinne des Formal-Gesetzwidrigen, sondern in dem Sinne des Widerspruchs zu dem Wohle der Volksgemeinschaft, zu den Normen, die für das völkische Zusammenleben unentbehrlich sind.“ [73]) In diesem Sinne macht das kommende Strafrecht das Bewußtsein, Unrecht zu tun, zum Erfordernis des Vorsatzes und beweist damit gleichzeitig den Willen, die Harmonie zwischen dem kommenden Strafrecht und dem im Volke verwurzelten, allgemeinen Sittengesetz zu garantieren. Entsprechend dem Vorschlag der Kommission handelt demnach derjenige „vorsätzlich, der die Tat mit Wissen und Willen begeht und sich dabei bewußt ist, oder in Kauf nimmt, Unrecht zu tun oder gegen das Gesetz zu verstoßen“ und „fahrlässig derjenige, den der Vorwurf trifft, daß er aus Mangel an Sorgfalt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen persönlichen Verhältnissen fähig ist, nicht erkannt hat, daß er Unrecht tut oder gegen das Gesetz verstößt“.

Dadurch, daß nun zum Vorsatz das Bewußtsein, Unrecht zu tun, zur Fahrlässigkeit die pflichtwidrige Nichterkenntnis des Unrechtscharakters der Tat gehört, bedarf es nicht mehr der Unter-

73) Vgl. Schäfer, in das kommende Strafrecht, S. 51; Schwarz in Grundzüge, allg. Teil 34, S. 83/84, sowie die Ausführungen Klee's in das kommende Strafrecht, S. 57: „Rechtswidrigkeit ist nicht Gesetzwidrigkeit“.

scheidung zwischen Tatsachenirrtum und Rechtsirrtum, zwischen Irrtum über Komplexbegriffe und Subsumtionsirrtum, zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum, sondern mit der zum Bestandteil der Schuldform gemachten Formel über das Bewußtsein oder die Möglichkeit des Bewußtseins, Unrecht zu tun, lassen sich alle diese Irrtumsfälle lösen.

Es ist demnach nur der Irrtum, der bewirkt, daß dem Täter das Bewußtsein fehlt, Unrecht zu tun, beachtlich, gleichgültig, welcher Art er auch sein mag.[74])

Dieses Bewußtsein, Unrecht zu tun, fehlt ihm aber dann, wenn er sich in einem Tatsachenirrtum, also in einem Irrtum über Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes oder eines Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder eines sonstigen Strafausschließungsgrundes[75]) befindet. Wenn der Täter dagegen über einen Komplexbegriff irrt oder irrig subsumiert oder in einem sonstigen Rechtsirrtum handelt, so ist die Entscheidung nur darauf abzustellen, ob der Irrtum derart ist, daß der Täter gleichwohl noch das Bewußtsein, Unrecht zu tun, gehabt hat oder doch in Kauf genommen hat, Unrecht zu tun. Hatte er das Bewußtsein oder die Möglichkeit in Kauf genommen, durch seine Handlungsweise etwas Unrechtes zu tun, ist der Irrtum unbeachtlich. Unentschuldbar ist der Irrtum auch dann sogar, wenn er auf Mangel an Sorgfalt beruht, zu der er verpflichtet war, und infolgedessen das Bewußtsein, Unrecht zu tun, fehlt. Nur dann ist der Irrtum beachtlich und auch entschuldbar, wenn er trotz der Sorgfalt, zu der er verpflichtet ist und seinen Verhältnissen nach fähig ist, nicht das Bewußtsein hatte, Unrecht zu tun. Die Feststellung, ob das Bewußtsein, Unrecht zu tun, dem Täter gefehlt hat oder nicht, soll dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters anheim gestellt sein. Doch auch für dieses richterliche Ermessen stellte die Kommission eine Vorschrift auf, die das Ermessen des Richters in Grenzfällen erleichtern soll: „Unbeachtlich ist ein Irrtum, der auf

---

74) Vgl. die Formulierung der preuß. Denkschrift, S. 137: „Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Irrtum, der ihm sein Unrecht nicht erkennen läßt, so ist er straflos".

75) Die irrtümliche Annahme eines strafausschließenden Umstandes hat die Kommission in einer besonderen Vorschrift hervorgehoben: „Nimmt der Täter irrtümlich einen Umstand an, der nach dem Gesetz Straflosigkeit begründet, so begeht er die Tat nicht vorsätzlich."

einer Einstellung des Täters beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist."

Unter diesen Gesichtspunkten wenden wir uns nun der Irrtumsuntersuchung in unserem Lockspitzelfalle zu.

Wir wollen zunächst einmal prüfen, inwiefern er sich überhaupt irren kann, und ob dieser Irrtum derart ist, daß ihm das Bewußtsein, Unrecht (natürlich im Sinne des kommenden Strafrechts aufzufassen) zu tun, fehlt.

Wenn wir bedenken, daß der Lockspitzel es unter allen Umständen zu einer strafbaren Handlung des Verleiteten kommen lassen will, da er ja dessen Bestrafung wünscht, können wir wohl ohne weiteres unterstellen, daß er in aller Regel sich über die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung nicht im Unklaren sein wird,[76]) und daß er auch gewisse Abweichungsmöglichkeiten der Handlung des Angestifteten in seinen Vorsatz mit einbezieht.

Denkbar ist aber, daß er seine Tätigkeit nicht für eine Anstiftung hält. Vielfach wird er aber auch in der Annahme handeln, daß sein Tun ihm erlaubt sei. Er wird entweder glauben, jeder sei zu solcher Tätigkeit befugt — in diesem Glauben wird sich wohl meist der befinden, der auf eigene Faust und ohne jeden polizeilichen Auftrag handelt, — oder er sei als Beamter oder Agent der Polizei zu solchem Tun befugt oder der von seiner vorgesetzten Dienststelle gegebene Befehl decke ihn.[77])

Die Annahme, seine Tätigkeit sei keine Anstiftung, kann im kommenden Strafrecht überhaupt nicht als Irrtum angesehen werden, da es im Grunde genommen gleichgültig sein kann, welche Form verbrecherischer Mitwirksamkeit er sich vorstellt, wenn er sich nur dessen bewußt ist, eine strafbare Handlung durch seine Tätigkeit zu bewirken.

Die anderen von uns aufgezählten Irrtumsmöglichkeiten haben wir nun nicht mehr wie nach geltendem Recht darnach zu beurteilen, ob sie sich als außerstrafrechtliche Irrtümer oder als strafrechtliche darstellen, sondern, ob sie den Lockspitzel das Unrechtmäßige seiner Tat nicht mehr erkennen lassen.

Hält er sich und jeden anderen, auch ohne polizeilichen Auftrag, zu dieser Handlungsweise befugt, dann nimmt er damit irrtümlich den Umstand eines Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs-

76) Vgl. auch Fleischmann, S. 73.
77) Vgl. Heilborn, S. 161, Ziff. 2, 3 und 4.

oder eines sonstigen Strafausschließungsgrundes an. Irrtümlich nimmt er einen solchen Umstand darum an, weil ein solcher gar nicht gegeben ist. Denn weder sind es besondere Handlungspflichten,[78]) noch besondere Handlungsberechtigungen,[79]) noch andere Gründe, wie die der Einwilligung[80]) oder der mutmaßlichen Einwilligung, die seine Handlungsweise rechtfertigen könnten.

Hält er nun auf Grund seines irrigen Glaubens seine Handlungsweise für gerechtfertigt, so hat er auch nicht das Bewußtsein, eine unrechtmäßige Handlung zu begehen. Aus diesem Grunde liegt also kein Vorsatz vor. Jedoch kam diese irrige Annahme bei ihm aus Mangel an Sorgfalt zustande, denn er hätte wissen können und müssen, daß ein solcher Umstand eines Unrechts-, Schuld- oder Strafausschließungsgrundes nicht vorliegen kann. Darum ist der Irrtum unentschuldbar. Er handelt also zumindest fahrlässig, falls nicht sogar sein Irrtum überhaupt als unbeachtlich anzusehen ist unter dem Gesichtspunkt, „daß der Irrtum auf einer Einstellung beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist". Das Gleiche gilt auch, wenn ein Polizeiagent über seine Beobachtungsaufgabe hinausgegangen ist und zu einem Verbrechen angestiftet hat. Dieser wird sogar in den meisten Fällen durch die Polizei über seine Befugnisse unterrichtet sein, sodaß er sich noch nicht einmal auf die irrtüm-

78) Handlungspflichten kommen erst recht nicht für den Lockspitzel in Frage, der weder als Polizeibeamter, noch als Polizeiagent handelt.

79) Er könnte geltend machen, er erwehre sich dadurch eines ihn schädigenden Menschen. Jedoch ist in erster Linie zur Bekämpfung und Verhinderung von Verbrechen die Polizei als alleinige Beauftragte des Staates berechtigt und der Privatmann nur dann, wenn ein Eingreifen der Polizei augenblicklich nicht zu erwirken ist. Der Lockspitzel hat aber die Möglichkeit, sich mit der Polizei in Verbindung zu setzen.

80) Das kommende Strafrecht kann eine Einwilligung des Verletzten nicht mehr ohne weiteres gestatten, weil damit Verstöße gegen die allgemein gültige Rechtsordnung und das sittliche Volksempfinden zugelassen würden. Vom Standpunkt des kommenden auf dem Gedanken der Volksgemeinschaft aufgebauten Rechtssystems ist in den meisten Fällen das Volksganze als mitverletzt anzusehen, wenn eine strafbare Handlung begangen wurde. Soweit die Einwilligung des Lockspitzels sich auf Angriffe gegen seine eigene höchstpersönliche Rechtssphäre bezieht, entfällt damit der Unrechtscharakter der Tat, was der Lockspitzel aber nicht will.

liche Annahme einer Berechtigung berufen kann. Selbst in dem Falle, daß er oder gar ein Polizeibeamter auf Befehl seiner vorgesetzten Dienststelle zur Verbrechensprovokation berechtigt zu sein glaubt, können wir diese irrige Annahme nicht als entschuldbar bezeichnen, da wiederholt von maßgeblicher Seite [81]) diese Methode der Verbrechensbekämpfung ausdrücklich abgelehnt worden ist, ja sogar für die Polizei verboten wurde, was jedem Polizeibeamten und Polizeiagenten bekannt sein muß. Denn wer Aufgaben der Verbrechensbekämpfung und Verhinderung selbst zu erfüllen hat, muß sich zuerst mit den ihm zu Gebote stehenden und auch verbotenen Möglichkeiten bekanntmachen und als Untergebener vor allem wissen, daß unrechtmäßige Befehle keine Gehorsamspflicht begründen.

Im folgenden wollen wir nun noch im einzelnen zu der Frage Stellung nehmen, warum keine Unrechts- oder Schuldausschließungsgründe gegeben sind.

Eine Unrechtsausschließung durch die Einwilligung des Verletzten erkennt das kommende Strafrecht nur noch in wenigen Fällen an, in denen kein Zweifel darüber besteht, daß unmittelbares Schutzobjekt des Tatbestandes der Einzelne und nur er ist, aber nicht die Volksgesamtheit, sei es auch nur deren Rechtsempfinden. In diesen wenigen möglichen Fällen der Einwilligung jedoch verliert durch die Einwilligung des Verletzten die Handlung ihren Unrechtscharakter; der Lockspitzel wird straffrei, aber in gleicher Weise der Verleitete, wodurch dem Lockspitzel natürlich nicht gedient sein kann. Was den auf eigene Faust, also ohne polizeilichen Auftrag, handelnden Lockspitzel betrifft, so fehlen, wie wir bereits gesagt haben, bei ihm vollkommen die Voraussetzungen zu irgend einer besonderen Handlungsberechtigung, von Handlungspflichten ganz zu schweigen. Wenn wir eine solche Handlungspflicht und Handlungsberechtigung auch für den im Auftrag der Polizei handelnden Beamten oder Agenten nicht anerkannt haben, so halten wir es doch für nötig, diese Stellung-

81) Siehe Stieber: Prakt. Lehrb. der Kriminalpolizei, S. 24. Vgl. die Rede des Min. v. Puttkamer im Reichstag am 27. I. 1888: „Ich halte den Agent provocateur für einen Schuft und lehne jeden Zusammenhang mit solchen Subjekten ab." Siehe Min. Erl. v. IV. 1913. Auch das RG. hat die Rechtswidrigkeit der Verbrechensprovokation anerkannt. Vgl. RG. I 20. I. 1912, mitgeteilt in Zeitschr. f. d. Strafrechtswiss. 33/693—95.

nahme näher zu begründen. Denn man wird uns vorhalten wollen, daß wir die Polizei dadurch eines unentbehrlichen Hilfsmittels berauben. Man könne sich doch leicht vorstellen, daß ein Kriminalbeamter, der sich schon lange und vergeblich bemüht, und keinen anderen Weg, zu seinem Ziele zu gelangen, mehr sieht, die letzte Möglichkeit in der Verbrechensprovokation erblickt und einen seiner zu beobachtenden Verbrecher zu einem Verbrechen anstiftet, natürlich nicht ohne die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen vorher auf das Sorgfältigste getroffen zu haben; auf diese Weise könne er sowohl ihn als auch — woran ihm vielfach noch mehr liegt — dessen Komplizen bei der Ausführung überführen und ergreifen. Vielfach könne er erst bei dieser Gelegenheit früher begangene Verbrechen aufklären und die Uebeltäter fassen. Unter solchen Umständen läge es nahe, dem Polizeibeamten diese einzige Möglichkeit nicht zu versagen, indem man eben aus Gesichtspunkten besonderer Handlungsberechtigung [82]) (für die Polizeibehörden) und Handlungspflichten (für den Beauftragten, also Beamten oder Agenten der Polizei) die Lockspitzelarbeit bei der Erfüllung polizeilicher Aufgaben als Hilfsmittel anerkennen würde.

Jedoch allgemeine Nützlichkeitserwägungen sollen für unsere Stellungnahme nicht entscheidend sein, sondern Erwägungen über die Vereinbarkeit solcher Gedanken mit dem Wesen unseres neuen Strafrechts. Zwar gilt hier ganz allgemein der Satz: Recht ist, was dem Leben der Volksgemeinschaft dient,[83]) also auch das Handeln im Interesse und zum Schutze der Volksgemeinschaft, andererseits aber darf dieser Grundsatz kein Freibrief für an und für sich unerlaubte Handlungen staatlich bestellter Organe werden, zumal im kommenden Strafrecht auch ausdrücklich eine analoge Anwendung der Unrecht- und Schuldausschließungsgründe nicht gewollt ist und die direkte Unterstellung des hier in Frage stehenden Sachverhalts unter einen solchen Unrechts- oder Schuldausschließungsgrund nicht möglich ist. Es mag von diesem oder

82) Fleischmann, S. 78, will zur Bekämpfung gewisser schwerer Verbrechen dem Staate auf Grund der Bestimmungen über das Recht der Notwehr, oder mindestens des Notstandes, die Befugnis zuerkennen, zum Zwecke seiner Selbsterhaltung die Hilfe von Agents provocateurs in Anspruch zu nehmen.

83) Siehe Klee, in Das kommende Strafrecht, S. 56. Vgl. die Ausführungen von Gelbert: Ueber Rechtswidrigkeit und Rechtsmäßigkeit im Strafrecht des neuen Reichs in Deutsches Recht. 12/278.

jenem als ein unbefriedigender Zustand angesehen werden, wenn seiner Ansicht nach die Polizei in treuer Befolgung der für alle geltenden Gesetze in einzelnen Fällen vor der Unmöglichkeit steht, ihre Aufgabe zu erfüllen. Es wäre eine unmögliche Forderung an das neue Strafgesetz, zu Gunsten einer moralisch zweifelhaften Methode der Verbrechensbekämpfung ihr straffes und mit dem moralischen Volksempfinden harmonierendes Bestrafungssystem zu durchbrechen.

Da muß es zur Pflicht der hierfür eigens bestellten Polizei gemacht werden, andere, geeignete Methoden zu finden, die ihr zur Aufgabenerfüllung im Rahmen der Gesetze verhelfen. Von all diesen Ueberlegungen ganz abgesehen sind wir der Ansicht, daß es einem Beamten oder Agenten dann, wenn er sich schon einmal so weit in das Vertrauen des Verbrechers einschleichen konnte, daß es ihm möglich ist, diesen zu einem Verbrechen anzustiften, auch ebenso gut stets die Möglichkeit haben wird, ohne Verbrechensprovokation dessen zukünftige Pläne samt vorgesehenen Teilnehmern kennen zu lernen, oder Aufklärung über begangene Verbrechen zu erhalten. Dadurch dürfte der Polizei vollends gedient sein. So unentbehrlich, wie vielfach behauptet,[84]) scheint uns die Lockspitzelarbeit für die Polizei doch nicht zu sein. Denn hat der Polizeibeamte oder -agent das erfahren, was er wissen wollte, kann er die nötigen Sicherheitsmaßnahmen dafür, daß kein Schaden eintritt, und daß die Täter ergriffen werden, veranlassen. War ein Verbrechen geplant, wird nun die Ausführung leicht zu verhindern sein. Die Täter werden, ohne angestiftet worden zu sein, tätig und dafür bestraft. War kein Verbrechen geplant, so hat die Polizei kein Interesse daran, daß ein solches in Szene gesetzt wird, nur um sich vom verbrecherischen Willen dessen, der verleitet wird, zu überzeugen. Wollte eine Staatsführung solche Methoden ihrer Polizei billigen, so würde sie dadurch ein Unsicherheitsgefühl und häufig unbegründetes Mißtrauen eingestehen und das Vertrauensverhältnis zwischen Führung und Gefolgschaft stören. Diese Störung würde sich im Leben der Volksgemeinschaft weit nachteiliger auswirken, als vielleicht die Nichtentdeckung irgend eines Verbrechens. Darum ist es besonders für den sich auf dieses Vertrauensverhältnis stützen-

84) Vgl. Kohler, Studien I, S. 122; Kohler Anstiftung und agent provocateur, S. 5; Katzenstein, S. 389; Fleischmann, S. 78.

den Führerstaat eine selbstverständliche Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß eine Verbrechensprovokation durch die Organe der Polizei unter allen Umständen vermieden wird und derartige Uebergriffe bestraft werden, wie jede andere Verursachung von gesetzlich verbotenen Handlungen.

Die Tatsache, daß der Lockspitzel den Eintritt des Erfolges der Handlung, zu der er verleitet hat, verhindert, bedarf nun noch der Würdigung unter dem Gesichtspunkt des Strafaufhebungsgrundes nach der dem § 46 des geltenden Rechts entsprechenden Regelung.

Auf Grund des gesamten Aufbaues des zukünftigen Strafrechts auf dem Begriff des Unternehmens kann der Rücktritt vom Versuch (im Sinne des geltenden Strafrechts) nicht mehr von Einfluß auf die Strafbarkeit sein, da das abgeschlossene Delikt bereits in dem Unternehmen, das ja den Versuch im Sinne des geltenden Rechts einschließt, vorliegt, sondern nur noch die tätige Reue. In unserem Falle aber ohne weiteres die Gesichtspunkte der tätigen Reue bei der Erfolgsverhinderung durch den Lockspitzel heranzuziehen, würde wohl kaum den Prinzipien des kommenden Strafrechts entsprechen. Es kann unserer Ansicht nach nicht im Sinne des kommenden Strafrechts liegen, daß eine häufige Durchbrechung der Strafbarkeit bei seinen Unternehmenstatbeständen dadurch möglich sein soll, daß dem Täter einfach nur durch die Abwendung des dem Unternehmen folgenden Erfolges die Möglichkeit der Strafbefreiung geboten wird. So gut, wie eine strafbefreiende Wirkung dieser Tätigkeit im geltenden Strafrecht dort versagt ist, wo das Unternehmen sich bereits als ein selbständiges Delikt darstellt, soll sie auf Grund objektiver Gegebenheiten allein auch dem Täter im künftigen Strafrecht versagt sein und nur dann anzuerkennen sein, wenn noch moralische Werte des Täters zu berücksichtigen sind.

Welche Gründe auch das geltende Recht im Falle des Rücktritts zur Gewährung der Straffreiheit bewogen haben mögen, sei es, weil es an der Bestrafung des Täters mit der Beseitigung der Gefahr jedes weitere Interesse verliert (auf Grund des Verletzungscharakters), oder weil es dadurch das vom Täter bewiesene moralische Plus bewerten will, jedenfalls wird das kommende Strafrecht auf Grund seines willensstrafrechtlichen Charakters es in sehr hohem Maße darauf abzustellen haben, ob in

dem Bestreben des Täters, das, was er getan hat, wieder gut zu machen, sein weniger intensiver verbrecherischer Wille oder gar die „Ueberwindung des schlechteren durch das bessere Ich“ [85]) zum Ausdruck kommt. Nur so kann die künftige Regelung aufgefaßt werden, und derartige Erwägungen dürften auch die Kommission dazu veranlaßt haben, dem Richter nur die Möglichkeit zu geben, die Strafe zu mildern oder von der Strafe ganz abzusehen, aber keinen Anspruch auf Strafmilderung oder Strafbefreiung festzusetzen. Der Lockspitzel wird nun für sich geltend machen, ohne jeglichen verbrecherischen Willen gehandelt zu haben. Dieser Einwand kann aber nur Beachtung finden, wenn man nur Schädigungen, also vollendete Handlungen als Verbrechen auffaßt, also vom Standpunkt eines Verletzungsstrafrechts aus betrachtet. Nach dem neuen Strafrecht aber hat er bewußt gegen die völkische Friedensordnung verstoßen. Darin lag sein verbrecherischer Wille und die Verhinderung der Vollendung erscheint uns nicht als „eine Ueberwindung des schlechteren durch das bessere Ich“.

b) Nun wird aber häufig dem Lockspitzel die Erfolgsverhinderung nicht gelingen.

Nehmen wir an, er hat sich alle erdenkliche Mühe dazu gegeben, und dennoch kam es gegen seinen Willen zur Vollendung der Tat.

Nach geltendem Strafrecht fehlt es, wie wir gesehen haben, am Anstiftervorsatz, wenn der Lockspitzel die Vollendung der Tat nicht will. Als Anstifter kann er also auch dann nicht bestraft werden, wenn es zur Vollendung der Tat kommt. Er kann aber auch nicht wegen Begehung durch Unterlassung der Erfolgsverhinderung bestraft werden, wenn er sich nach Kräften um die Verhinderung des Erfolges bemüht hat.

Auch nach dem Entwurf 1927 muß eine Bestrafung als Anstifter entfallen, weil es am Anstiftervorsatz gefehlt hat.

Eine Bestrafung wegen Nichabwendens des Erfolges nach § 22 des Entwurfs kann ebenfalls nicht erfolgen, denn § 22 sollte keine Erfolgshaftung begründen; der Sinn der Vorschrift besagt vielmehr, daß die Voraussetzung für die strafrechtliche Haftung die Schuld ist, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Da es aber hier-

85) Freisler, in Das kommende Strafrecht, allg. Teil 34, S. 35.

an fehlt, kann er nach dieser Vorschrift nicht bestraft werden.[86]) Nach kommendem Strafrecht haben wir den Lockspitzel auch, wenn er es nicht zum Eintritt des Verbrechenserfolges kommen lassen wollte, in freier Auslegung der Täter- und Teilnehmervorschrift als Anstifter bestraft. Der objektive Tatbestand war auch schon gegeben, ohne daß die Vollendung eingetreten sein mußte, weil das Unternehmen, wie wir gesehen haben, sowohl die früher als Versuch bezeichnete Handlung, wie auch die vollendete Handlung umfaßt. Der Tatsache, daß nun — wenn auch gegen seinen Willen — die Vollendung eintritt, kann also keine Bedeutung mehr zugemessen werden.

Nun haben wir uns den Fällen zuzuwenden, in denen der Lockspitzel sich nicht nach bestem Können um die Erfolgsabwehr bemühte, oder gleichgültig gegenüber der Möglichkeit des Erfolgseintrittes wurde, oder nachträglich mit dem Erfolgseintritt einverstanden war.

Auch hier vermag das später gezeigte leichtfertige Verhalten oder die Aenderung seiner Einstellung zur Tat des Verleiteten an dem ursprünglich nicht auf die Vollendung gerichteten Vorsatz nichts zu ändern. Aber die Tatsache, daß er durch sein leichtfertiges Verhalten nach der Anstiftung den Erfolgseintritt ermöglichte, macht ihn zum fahrlässigen Täter des vom Verleiteten begangenen Deliktes. Da er die Erfolgsverhinderung, zu der er verpflichtet war, nicht vorgenommen hat, noch sich hierzu nach Kräften bemüht hat, ist er wegen fahrlässiger Begehung einer strafbaren Handlung durch Unterlassung zu bestrafen.[87])

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß der Lockspitzel sich überhaupt nicht um die weiteren Folgen seiner Anstiftung kümmert. Rechnete er von Anfang an damit, daß auf Grund seiner Anstiftung auch ein verbrecherischer Erfolg herbeigeführt werden könne und billigt er diesen Erfolg, dann liegt dolus eventualis von Anfang an vor und mithin auch vorsätzliche Anstiftung. Doch dieser Fall gehört nicht hierher, sondern hier soll es sich nur um solche Fälle handeln, in denen der Lockspitzel zur Zeit der Anstiftung ausdrücklich nur den Versuch und nicht die Voll-

86) Vgl. Fleischmann, S. 70/71.

87) Daß der Lockspitzel, der zum Versuch angestiftet hat, verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden, dürfte nicht zweifelhaft sein. Vgl. Kohler, Anstiftung und agent provocateur, S. 6.

endung der Tat des Verleiteten wollte. Auch hier ist nach vorangegangener Anstiftung eine innere Umstellung des Lockspitzels insofern möglich, als er nun gleichgültig wird und zu der Erkenntnis kommt, daß aus dem Versuch eine Vollendung werden kann, er aber mit der Vollendung im Falle des Eintretens einverstanden ist. Dann liegt von diesem Zeitpunkt an dolus eventualis vor, der ihn zum vorsätzlichen Täter durch Unterlassung macht. Den ursprünglichen Vorsatz vermag diese innere Umstellung aber nicht zu einem Anstiftervorsatz zu machen, sondern er macht sich nur strafbar als vorsätzlicher Täter der strafbaren Handlung, zu der er den Täter verleitet hat und die er nicht verhindert hat.[88])

Wir haben nun also zwei Täter eines verbrecherischen Erfolges: den Lockspitzel, der die Tatbestandshandlung dadurch vornimmt, daß er bewußt die Hinderung des Erfolges unterläßt, den Verleiteten, der die Tatbestandshandlung durch positives Tätigwerden ausführt. Da erhebt sich nun die Frage, ob Mittäterschaft oder Nebentäterschaft gegeben ist. Mittäterschaft kann nur dann in Frage kommen, wenn das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit des Handelns gegeben ist, und das möchten wir in gleicher Weise wie auch Fleischmann [89]) annehmen. Fleischmann gibt folgende Begründung: der Lockspitzel hat in dem Moment, in dem er den Entschluß zur Nichthinderung der Tat faßt, sowie während der ganzen Dauer dieser Nichthinderung bis zum Eintritt des Erfolges das Bewußtsein, daß der Verleitete, und zwar durch positive Handlungen, den gleichen verbrecherischen Erfolg anstrebt. Der Verleitete ist der — anfänglich irrigen — Meinung, daß auch der Lockspitzel mit ihm auf die Ausführung der Tat hinarbeite. Diese Meinung entspricht von dem Augenblick an, in dem der Lockspitzel seine Gesinnung wechselt und durch Nichteingreifen den Erfolg eintreten lassen will, auch der wirklichen Sachlage. Man kann daher unbedenklich sagen, daß von diesem Zeitpunkt an der Verleitete weiß, daß der Lockspitzel gemeinschaftlich mit ihm handelt. Wir können die Frage, ob Mittäterschaft anzunehmen ist, also unbedenklich bejahen.

Zu nicht anderen Ergebnissen kommen wir, wenn wir die Vorschläge des Entwurfs 1927 zugrundelegen.

88) Vgl. Heilborn, S. 98/99; Vgl. Fleischmann, S. 64.
89) Fleischmann, S. 67.

Von Bedeutung für die hier zu klärenden Fragen ist im Entwurf 1927 noch § 22, der die Pflicht des Lockspitzels zur Erfolgsabwendung besonders als Rechtspflicht bestätigen kann. Hat der Lockspitzel sich nicht genügend Mühe zur Erfolgsabwendung gegeben, so wird ihm Fahrlässigkeit im Sinne des § 19 zur Last gelegt werden.

Im Falle gleichgültigen Verhaltens und im Falle nachträglichen Einverständnisses ist er genau so wie im geltenden Recht wegen vorsätzlicher Begehung durch Unterlassung zu bestrafen.

Bezüglich der Frage, ob Mittäterschaft (§ 28) oder Nebentäterschaft, gelten hier die gleichen Gesichtspunkte, die wir bei der Betrachtung nach dem geltenden Recht vorgebracht haben.

Dem kommenden Strafrecht kann eine nachträglich eintretende Gleichgültigkeit oder im nachträglichen Einverständnis klar zu erkennende verbrecherische Auffassung keineswegs gleichgültig sein. Die Gefahr, daß ein solches Verhalten oder ein Wechsel in der Gesinnung des Lockspitzels möglich ist, war durch die im geltenden Recht bei Anstiftung zu nicht vollendeter Handlung garantierte Straffreiheit in sehr hohem Maße gegeben. Wir empfinden es daher als eine Befriedigung, wenn das zukünftige Strafrecht den Lockspitzel bereits dann bestraft, wenn er nur den Versuch der Tat will, weil dadurch dem Lockspitzel ganz und gar die Möglichkeit der Verbrechensprovokation genommen wird und damit auch die Gefahr nicht mehr auftauchen kann, daß er es zu einer anfänglich nur formell strafbaren und später auch materiellen, also schädigenden, Handlung kommen lassen kann. An der Bestrafung kann der Umstand des Gesinnungswechsels und des anderen Verhaltens nichts ändern, da er in jedem Falle wegen Anstiftung zu einem Verbrechen mit der Täterstrafe bestraft wird.

2. Der Lockspitzel beabsichtigt die vollendete strafbare Handlung des Verleiteten.

Wenden wir uns nun den Fällen zu, in denen der Lockspitzel von Anfang an die Absicht hatte, es zur Vollendung des Delikts kommen zu lassen.

a) Sofern er die Möglichkeit dazu hat — also je nach der Eigenart der beabsichtigten strafbaren Handlung — wird er diese

Handlung des Verleiteten oft nur formell, nicht aber materiell zur Vollendung kommen lassen, da ja schon mit der formalen Vollendung der Tat die Strafbarkeit des Verleiteten gegeben und damit der von ihm verfolgte Zweck bereits erreicht ist. Es fragt sich nun, ob wir dieser Absicht, die tatsächliche Rechtsverletzung zu verhindern, Bedeutung zuzumessen haben. Heilborn,[90]) Katzenstein[91]) und Fleischmann[92]) wollen für die Beurteilung nach dem geltenden Recht, letzterer für die Beurteilung nach dem Entwurf 1927[93]) diesem Umstand keine Bedeutung beimessen, da nach ihrer Ansicht durch das Gegebensein formeller Vollendung sämtliche, auch die subjektiven, Erfordernisse des Anstiftungsbegriffes erfüllt seien; dagegen sehen Allfeld,[94]) Geyer,[95]) Kohler,[96]) Hugo Meyer[97]) und Korn[98]) in dieser Tatsache doch ein sehr wichtiges Kriterium für den Anstiftungsbegriff, und zwar unserer Ansicht nach, vom Gesichtspunkt des Verletzungscharakters unseres geltenden Strafrechts und auch des Entwurfs 1927 aus gesehen, mit Recht. Denn wenn wir unter dem Gesichtspunkt des Verletzungscharakters des geltenden Strafrechts und des Entwurfs 1927 den Vorsatz des Anstifters genauer betrachten, müssen wir die an früherer Stelle gegebene Definition über den Umfang des Vorsatzes mit Allfeld[99]) dahin erweitern, daß „der Vorsatz des Anstifters sogar darauf gerichtet sein muß, daß das Verbrechen seiner sachlichen Bedeutung nach zustande komme, daß durch die Handlung des Täters dasjenige Uebel verwirklicht werde, gegen welches die in Frage kommende Strafbestimmung Schutz bieten soll". Einen solchen Vorsatz, also Anstiftervorsatz, hat der Lockspitzel demnach dann nicht, wenn er

90) Heilborn, S. 188.
91) Katzenstein, S. 420.
92) Fleischmann, S. 47 ff.
93) Fleischmann, S. 48/49.
94) Allfeld, S. 209.
95) Geyer, H. H. II, S. 349.
96) Kohler, Studien I, S. 123. Vgl. auch die Ausführg. in Anstifter und agent provocateur, S. 6.
97) Hugo Meyer, S. 188.
98) Korn, S. 34 (Widerlegung der Ansicht Katzensteins). Beachtung verdient auch H. Meyers Vorwurf der Inkonsequenz der gegnerischen Ansicht.
99) Allfeld, S. 209.

die tatsächliche Verletzung verhindern will.[100]) Er kann genau so wenig als Anstifter bestraft werden, wie wenn er nur den Versuch des Verleiteten gewollt hätte. Im übrigen gilt auch hier bei der leichtfertigen oder später absichtlich zugelassenen materiellen Vollendung das gleiche, was wir im Falle des Erfolgseintrittes bei beabsichtigtem Versuch über die Haftung des Lockspitzels ausgeführt haben.

Für das kommende Strafrecht kann diese Absicht des Lockspitzels nicht von Bedeutung sein. Nur in einem Verletzungsstrafrecht verdienen diese Tatsachen Beachtung.

b) Hiermit haben wir aber die äußerste Grenze der nach geltendem Strafrecht und dem Entwurf 1927 noch straflosen Anstiftertätigkeit des Lockspitzels gezogen. Umfaßt sein Vorsatz auch den materiellen Erfolg der Tat, so hat er Anstiftervorsatz und ist wegen Anstiftung nach § 48 StGB. bezw. § 29 Entwurf 1927 zu bestrafen. Tritt die Vollendung gegen seine Absicht und ohne sein Dazutun nicht ein, trifft ihn die Strafe nach § 43 StGB. in Verbindung mit § 48 StGB. bezw. nach § 26 Entwurf 1927 in Verbindung mit § 29, soweit der Versuch im einzelnen für strafbar erklärt ist. Auch dann ist der Lockspitzel in jedem Falle als Anstifter zu bestrafen, wenn er zu einem sog. Gefährdungsdelikt verleitet. Hier kann auch der Umstand, daß er vielleicht keine tatsächliche Schädigung will, nicht von Bedeutung sein, da das Gesetz bei den generellen Gefährdungsdelikten generell die Gefährdung bestraft, und der subjektive Tatbestand sich nicht auf eine konkrete Gefährdung zu beziehen braucht.[101])

Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Lockspitzel zu einer unter die Vorschriften des § 49 a StGB. bezw. § 196 Entwurf 1927 oder ähnlicher Bestimmungen fallenden strafbaren Handlung anstiftet.[102]) Der Lockspitzel ist als Anstifter zu bestrafen, wenn er einen anderen dazu bestimmt hat, einen Dritten zur Begehung einer bestimmten Straftat aufzufordern, um diesen für die strafbare Aufforderung — und vielleicht auch noch den Dritten, wenn er sich durch die Annahme der Aufforderung strafbar gemacht

100) Hierbei kann die Tatsache, daß es durch sein Eingreifen zur materiellen Vollendung auch wirklich nicht kam, die Beweisschwierigkeiten beheben, die Fleischmann (S. 50) annimmt.

101) Vgl. Fleischmann, S. 49/50.

102) Vgl. RGSt. in Goldammers Arch., Bd. 42/24.

hat, — dem Strafrichter auszuliefern.[103]) Eine juristisch zwar einwandfreie, aber unserer Ansicht nach überflüssige und nach Fleischmanns Ansicht[104]) mit dem Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbarende Folgerung zieht Heilborn[105]) aus der Strafbarkeit der Annahme einer strafbaren Aufforderung. „Der Lockspitzel ist als Anstifter zu bestrafen, wenn er unter den Voraussetzungen des § 49 a StGB. einen anderen zur Annahme der Aufforderung, ein Verbrechen zu begehen, vorsätzlich bestimmt hat." Ueberflüssig halten wir die Beweisführung Heilborns darum, weil sie in derPraxis bezüglich der Strafbarkeit doch als Anstiftung zum Vergehen genau so zu bewerten ist, wie das Vergehen der Aufforderung nach § 49 a StGB., und weil die hier konstruierte Anstiftung unter den gleichen im Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen strafbar ist, wie die Aufforderung des § 49 a StGB.[106])

Denkbar ist noch folgender Fall:

Der Lockspitzel stiftet einen anderen zu einem Verbrechen an, beabsichtigt und bewirkt nur den strafbaren Versuch dieses Verbrechens, aber dieser Versuch stellt sich allein schon als eine vollendete strafbare Handlung dar. Bezüglich des beabsichtigten Verbrechens fehlt es dem Lockspitzel am Vollendungs-, also am Anstiftervorsatz, aber bezüglich der im Versuch gegebenen strafbaren Handlung handelt er vorsätzlich. Schon dem gesunden Rechtsempfinden nach würden wir diesen Fall dahin entscheiden, daß der Lockspitzel unter Zugrundelegung des geltenden Rechts und des Entwurfs 1927 als Anstifter zu dem vollendeten — im Versuch gegebenen — Delikt zu bestrafen sei. Die Bestrafung läßt sich aber auch juristisch begründen: Das im Versuch eingeschlossene vollendete Delikt kann mit dem vom Verleiteten (bis zum Versuch) betätigten in Idealkonkurrenz oder in Gesetzeskonkurrenz stehen. Im Falle der Idealkonkurrenz ist die Strafbarkeit nicht zweifelhaft. Jeder vom Täter verwirktlichte Tatbestand ist gesondert zu beurteilen. Der Täter wird bestraft wegen eines

103) Es ist natürlich Voraussetzung, daß es zu einer strafbaren Aufforderung des Verleiteten in der im Gesetz vorgeschriebenen Art gekommen ist.

104) Fleischmann, S. 53.

105) Heilborn, S. 109/110.

106) Ueber die Bestrafungsmöglichkeit nach § 49a StGB., siehe weiter unten.

vollendeten Verbrechens und wegen des Versuchs des anderen Verbrechens, die in Tateinheit zu einander stehen. Der Lockspitzel ist zu bestrafen wegen Anstiftung zu dem vollendeten Verbrechen. Im Falle der Gesetzeskonkurrenz jedoch, wenn also das vollendete Delikt notwendigerweise in dem von dem Verleiteten beabsichtigten und bis zum Versuch betätigten Delikt enthalten ist, gestaltet sich die Begründung der Strafbarkeit schwieriger. Der Täter verwirklicht den Tatbestand eines vollendeten Delikts, wird aber nur bestraft wegen des Versuchs des die vollendete strafbare Handlung notwendigerweise einschließenden Deliktes. Soll nun der Anstifter, der das eingeschlossene vollendete Delikt vorsätzlich veranlaßt hat, deshalb straflos ausgehen, weil dieses vollendete Delikt als notwendiges Erfordernis des versuchten Delikts unberücksichtigt bleibt? Ein kurzer Vergleich mit den Wirkungen des Rücktritts erleichtert uns die Beantwortung dieser Frage. Im Falle der Idealkonkurrenz ist das vollendete Delikt strafbar; die Strafbefreiung des Rücktritts erstreckt sich nur auf den strafbaren Versuch. Auch im Falle der Gesetzeskonkurrenz nimmt die h. L.[107]) und auch das Reichsgericht[108]) Strafbarkeit für das vollendete Delikt an und Strafbefreiung nur für den das vollendete Delikt einschließenden Versuch. Die das eingeschlossene vollendete Delikt konsumierende Kraft soll hier dem versuchten Delikt nicht zukommen. Wenn also die Rechtsprechung und Lehre im Falle des Rücktritts die konsumierende Kraft des versuchten Delikts aufheben, warum soll die Konsumption dann nicht auch billigerweise zu Ungunsten desjenigen aufgehoben werden, der das versuchte Delikt zwar veranlaßt — aber mangels Vorsatzumfanges hierfür nicht bestraft werden kann —, der aber die eingeschlossene Handlung voll und ganz in seinen Vorsatz einbegriffen hatte. Stellen wir uns nur einmal die Auswirkung in der Rechtspflege vor, die eine strenge Beachtung des Konsumptionsprinzips hier haben würde: In unserem Falle ginge der Lockspitzel straflos aus. Eine objektiv und subjektiv gegebene Anstiftung kann vom Strafrichter nicht berücksichtigt werden, ohne daß Unrechts-, Schuld- oder persönliche Strafausschließungsgründe vorliegen, nur weil gesetzestechnische Gesichtspunkte ihn dazu zwingen. Das wäre widersinnig und unbillig und kann vom Gesetz-

107) Vgl. Finger I, S. 323; Allfeld, S. 201; Köhler, S. 459.
108) Vgl. RGSt. 15/12; 23/225.

geber niemals gewollt sein. Wir glauben, hier ist es noch weit eher angebracht, das Konsumptionsprinzip zu durchbrechen, als im Falle des Rücktritts und die Bestrafung des Lockspitzels als Anstifter zu dem vollendeten Delikt ist das mindeste, was ihm nach geltendem Recht zukommen muß, verlangt doch unser Rechtsempfinden sogar eine Bestrafung wegen Anstiftung zu dem konsumierenden Delikt.

Nach dem kommenden Strafrecht bedarf es dieser Zerlegung in vollendete Handlung und den diese einschließenden Deliktsversuch nicht mehr. Aus unseren bisherigen Ausführungen ergibt sich ohne weiteres die Bestrafung als Anstifter zu dem die vollendete Handlung einschließenden Delikt.

Nachdem wir nun damit die Fälle herausgeschält haben, in denen der Lockspitzel nach geltendem Recht und Entwurf 1927 als Anstifter zu betrachten ist, bedarf es noch der besonderen Prüfung seines Vorsatzinhaltes, während wir uns doch bisher ausschließlich mit der Feststellung des Vorsatzumfanges befaßt haben.[109])

Damit kommen wir zur Erörterung der Frage, inwieweit der Vorsatz des Lockspitzels wegen Irrtums ausgeschlossen sein kann.

Auf die Schwierigkeit der Lösung nach geltendem Recht haben wir bereits bei der Irrtumsuntersuchung nach dem kommenden Strafrecht hingewiesen. Wir haben dort gesehen, daß es dort auf die Art des Irrtums nicht ankommt, sondern auf das Bewußtsein, Unrecht (im weitesten Sinne des Wortes aufgefaßt) zu tun. Im geltenden Recht dagegen ist stets für die Frage der Beachtlichkeit eines Irrtums die Art desselben entscheidend. Nehmen wir zunächst einmal an, der Lockspitzel hält seine Tätigkeit nicht für eine Anstiftung. Er begeht einen Subsumtionsirrtum, indem er annimmt, die ihm bekannten, den Tatbestand der Anstiftung erfüllenden Merkmale seiner Handlung erfüllen denselben nicht. Er irrt nicht über Tatsachen, sondern er legt das Strafgesetz selbst falsch aus. Dieser Irrtum ist also ein solcher über das Strafgesetz und deshalb nach der Lehre des Reichsgerichts nicht zu beachten. Hält er aber sich und jeden anderen, auch ohne höheren Auftrag, für berechtigt zu seinem Handeln, oder hält der Agent oder Beamte die Polizeibehörde für berechtigt zur Erteilung eines

109) Wir verweisen auf die entsprechenden Ausführungen über diese Fragen nach kommendem Strafrecht, S. 37 ff., weiter oben.

Auftrags der entsprechenden Art, oder hält er schließlich sich irrigerweise für verpflichtet, den Befehl der vorgesetzten Behörde zu befolgen, trotzdem er die Rechtswidrigkeit des Befehls kennt, so befindet er sich allerdings in einem Irrtum über die „negativen Tatumstände“,[110]) da er irrigerweise Unrechts- oder Schuldausschließungsgründe annimmt; dieser Irrtum wird vom Reichsgericht grundsätzlich dem Tatsachenirrtum gleichbehandelt; aber nur dann, wenn er die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes betrifft. Betrifft er aber dessen rechtliche Grundlage, so soll er, falls diese im Strafrecht liegt, die Schuld unberührt lassen.[111]) Und um einen solchen Irrtum handelt es sich, wenn er sich und jeden anderen für befugt zu solchem Handeln hält. Denn er nimmt da eine Berechtigung an, wo sie das Gesetz nicht anerkennt.[112])

Glaubt der Lockspitzel an die Berechtigung der Polizeibehörde zu solcher Auftragserteilung oder legt er sich als Beamten eine solche Befugnis zu, so setzt er einen Staatsrechtssatz voraus, der überhaupt nicht besteht. Er glaubt an eine nichtgegebene Ausnahme vom Strafgesetz. Die irrige Annahme einer an sich nicht bestehenden Befugnis, selbst wenn sie für den Fall ihres Bestehens den Ort ihrer Regelung nicht im Strafrecht haben würde, ist unbeachtlich.[113])

Hält er sich irrtümlicher Weise für verpflichtet, den Befehl der vorgesetzten Behörde zu befolgen, so nimmt er einen vom Strafgesetz nicht anerkannten Schuldausschließungsgrund an.[114]) Der Irrtum ist ein strafrechtlicher und als solcher unbeachtlich.

Nimmt er aber irrtümlich die Einwilligung des Angegriffenen als abgegeben an, so schließt dieser Irrtum den Vorsatz aus, da er die tatsächlichen Voraussetzungen eines Unrechtsausschließungsgrundes betrifft. Ist der Irrtum nicht entschuldbar, liegt fahrlässige Anstiftung vor, die jedoch im geltenden Recht nicht strafbar ist.

110) Vgl. Frank, § 59.

111) Vgl. RGESt. 4/100.

112) Vgl. RGSt. 4/98 (ein Züchtigungsrecht in einem Verhältnis, mit dem rechtlich keines verbunden ist). Vgl. Heilborn, S. 164.

113) Vgl. Heilborn, S. 164.

114) Allerdings kann ein rechtswidriger Befehl auch bindend sein, wie sich aus § 47 Mil.-StGB., aus §§ 34, 41, 85 der Seemannsordnung und auch aus § 146 GVG. ergibt.

Dies darf aber nicht für den guten Glauben an die noch zu gebende Einwilligung des Angegriffenen ebenfalls gelten. Denn es ginge zu weit, dem Lockspitzel Straflosigkeit zu gewähren, weil er auf die Zustimmung desjenigen rechnet, der angegriffen werden soll. Eine Begünstigung des Lockspitzels und eine Zumutung an den Angegriffenen in dieser Art wäre in keiner Weise zu billigen und zu rechtfertigen. Jeder wird sich dafür bedanken, das Versuchsobjekt für einen Lockspitzel abzugeben. Rechnet dieser einfach auf die Zustimmung ohne irgendwie die Versicherung hierfür zu haben, so handelt er auf die Gefahr hin, daß der Angegriffene nicht einverstanden ist, also mindestens mit dolus eventualis.

Die Gründe, die uns veranlaßt haben, die übliche Reihenfolge aller strafrechtlichen Betrachtungen in der Tatbestandsuntersuchung in unserem Falle nicht einzuhalten und die Frage der Unrechtsausschließungsgründe erst der Vorsatzuntersuchung folgen zu lassen, haben wir bereits bei der Untersuchung dieser Fragen nach dem kommenden Strafrecht dargelegt. Sie gelten in dieser Untersuchung nach geltendem Recht in gleicher Weise. Was wir bei der Betrachtung nach dem kommenden Strafrecht über Unrechts- oder Schuldausschließungsgründe unter dem Gesichtspunkt besonderer Handlungsberechtigung und besonderer Handlungspflicht gesagt haben, gilt auch hier. Wir halten es aber auch hier für nötig, darauf hinzuweisen, daß unserer Ansicht nach dadurch, daß der Lockspitzel in so vielen Fällen, wie wir gesehen haben, straflos ausgeht, damit seiner Betätigung bereits in sehr hohem und gefährlichem Maße Spielraum gegeben ist, und auf keinen Fall, wie Fleischmann meint,[115]) man dem Staat auf Grund der Bestimmungen über das Recht der Notwehr oder mindestens des Notstandes die Befugnis zuerkennen müsse, zum Zwecke seiner Selbsterhaltung die Hilfe von Lockspitzel in Anspruch zu nehmen, weil man sich unserer Ansicht nach auch auf nicht weniger listige, aber anständigere Art, selbst gegen Staatsverbrecher, wehren kann, ganz abgesehen von der Gefahr der damit verbundenen Mißgriffe und Pflichtüberschreitungen.

Im folgenden haben wir nun noch zur Frage der Einwilligung des Verletzten Stellung zu nehmen. Dabei legen wir der Einfach-

115) Fleischmann, S. 78.

heit halber, wie auch Fleischmann,[116]) nur jene Fälle unserer Betrachtung zugrunde, bei denen die Einwilligung die Wirkung hat, die Straflosigkeit des Täters zu begründen. Im allgemeinen wird sie als ein Rechtfertigungsgrund angesehen.[117]) Sie bedeutet die bewußte Interessenpreisgabe seitens des zur Verfügung über das Rechtsgut Berechtigten. Als Rechtfertigungsgrund wirkt sie objektiv ohne Rücksicht auf Kennen oder Kennenmüssen des Täters. Sie braucht also nicht erklärt zu sein. Es genügt, daß sie beim Verletzten als Willensrichtung vorhanden ist.[118]) Das Wesen der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund besteht darin, daß sie das verletzte Interesse im konkreten Falle ausschaltet, und diese Ausschaltung ist unabhängig von der erfolgten Erklärung nach außen. In dem Augenblick, da das Rechtssubjekt sein Recht nicht mehr geschützt wissen will, versagt der Normenschutz, und er versagt insoweit, als dieser negierende Wille reicht.[119]) „Durch die Einwilligung hört das Angriffsobjekt auf, taugliches Objekt für den deliktischen Angriff zu sein.“ [120]) Daraus ergibt sich aber, daß sie dem Anstifter und dem Täter in gleicher Weise zugute kommt. Denn wenn eine „relevante“ Einwilligung vorliegt, verliert die Tat ihren Unrechtscharakter, sie ist kein Verbrechen, und für die nicht als Verbrechen anzusehende Handlung besteht kein Strafbedürfnis, weder für den Täter, noch für den Anstifter. Fehlt die Einwilligung, so ist die Tat rechtswidrig, und sowohl der Täter wie auch der Anstifter sind strafbar. Wird also die Einwilligung gegeben, so gehen beide straflos aus.[121])

Der Lockspitzel kann also, wie wir gesehen haben, dann, wenn er sich der Einwilligung des Verletzten versichert hat, den von ihm Verleiteten wegen dieser strafbaren Handlung nicht dem

---

116) Fleischmann, S. 74.

117) Vgl. Mezger, S. 207/208.

118) A. M.: die Vertreter der Willenserklärungstheorie. Siehe hierüber die Ausführg. Mezgers, S. 209.

119) Vgl. Binding, Handb., S. 107 ff.; gleicher Ansicht Mezger, S. 209/210; Singewald, S. 97.

120) Die Einwilligung ist ein typisches Beispiel, das den Verletzungscharakter des geltenden Strafrechts besonders gut erkennen läßt. Wir verweisen auf die hiervon grundverschiedene Auffassung des kommenden Strafrechts von der Einwilligung. (Siehe oben, S. 41, Fußnote 80)

121) Vgl. auch Fleischmann, S. 76; Singewald, S. 95 ff.; Heilborn, S. 167 ff.

Strafrichter überantworten. Damit ist aber noch nicht die Annahme berechtigt, daß der Lockspitzel, wenn er sich die Einwilligung geben läßt, nicht zu einem anderen gewünschten Ziele gelangen kann. Er kann ja hierbei nur die eine Absicht haben, bei dieser Ueberführung, für die er ihn nicht bestrafen kann, Beweise für früher begangene Verbrechen zu erhalten. Allerdings ist dies nicht der von uns hier aufgestellte und zu behandelnde typische Lockspitzeltatbestand. Auch unter Zugrundelegung des Entwurfs 1927 gilt das, was wir nach geltendem Recht ausführten. Nur die Irrtumsfrage läßt sich nach dem Entwurf 1927 gegenüber dem geltenden Recht schon bedeutend einfacher lösen, wenn auch noch nicht ganz nach der Art des kommenden Strafrechts. § 20 des Entwurfs 1927 lautet: „Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei. Ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann die Strafe gemildert werden." Auf die Entscheidung, ob strafrechtlicher oder außerstrafrechtlicher Irrtum, kommt es hier nicht mehr an, sondern darauf, ob der Täter auf Grund seines Irrtums das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkannte. Das Wort „Unrechtmäßig" versteht der Entwurf 1927, wie es in seiner Begründung heißt,[122]) in der weitesten Bedeutung. Es soll jeden Widerspruch mit der Rechtsordnung decken, gleichgültig, ob es sich um gesetztes oder nichtgesetztes und ob es sich um öffentliches Recht oder einen anderen Rechtszweig handelt. Glaubt demnach der Lockspitzel aus irgend einem der bekannten Gründe an die Rechtmäßigkeit oder — ausnahmsweise anzuerkennende — Erlaubtheit oder Entschuldbarkeit seiner Handlung, dann befindet er sich in einem Irrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Handlungsweise nicht erkennen läßt. Aber dieser Irrtum ist unserer Ansicht nach nicht entschuldbar, da er ja wissen konnte, daß seine Annahme sich auf falsche Voraussetzungen stützte; darum kann nur eine Strafmilderung in Frage kommen.

Für die Beurteilung nach dem kommenden Strafrecht dürften sich wohl auch bei diesen zuletzt behandelten Anstiftungsfällen kaum noch neue Gesichtspunkte zu unserer bisherigen Annahme der Strafbarkeit ergeben.

---

122) Begründung, S. 20.

3. Der Exzeß des Verleiteten.

Nun kann es natürlich auch leicht vorkommen, daß der Verleitete über das vom Lockspitzel vorgesehene Ziel und Maß der Tat hinausgeht und mehr begeht, als er begehen sollte. Sowohl nach dem geltenden Strafrecht, wie auch nach dem Entwurf 1927 kann der Lockspitzel für diesen Exzeß des Täters nicht haftbar gemacht werden. Eine Haftung für ein Geschehen tritt stets nur insoweit ein, als der Vorsatz des Anstifters dieses Geschehen umfaßte. Nur in dem Falle, daß der Lockspitzel die Ueberschreitung des Verleiteten als möglich in seinen Vorsatz einbegriff, ist er dafür haftbar zu machen.

Das kommende Strafrecht wird die Möglichkeit der Haftung für den Exzeß des Verleiteten bedeutend erweitern; zwar nicht durch eine besondere Exzeßhaftung, sondern durch die umfassendere Vorsatzbestimmung und die Bestrafung der fahrlässigen Anstiftung, die das geltende Recht nicht zuließ. Vorsätzliche Begehung sieht das zukünftige Strafrecht auch in dem „in den Kauf nehmen". Dies bedeutet eine gewisse Erweiterung des dolus eventualis gegenüber der bisher herrschenden Meinung und eine — allerdings nicht große — Grenzverschiebung zu Lasten der bewußten Fahrlässigkeit. Dadurch werden die Fälle, die nach geltendem Recht als fahrlässige Anstiftung straflos ausgingen, nun zum großen Teil als vorsätzliche Anstiftung erfaßt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann im kommenden Strafrecht vielfach dennoch eine Bestrafung eintreten, da das kommende Strafrecht die im geltenden Recht nicht anerkannte fahrlässige Anstiftung als fahrlässige Täterschaft bestraft. Darum wird nach dem kommenden Strafrecht eine Haftung des Lockspitzels für den Exzeß in größerem Maße möglich sein. Nur dann kann er für den Exzeß nicht haftbar gemacht werden, wenn er ausdrücklich nur die eine strafbare Handlung des Täters allein und nicht mehr wollte und die Ueberzeugung hatte, daß es zu keiner Ueberschreitung dieser strafbaren Handlung käme.

4. Die erfolglose Verleitung.

An letzter Stelle bleiben nun noch die Fälle erfolgloser Anstiftung zu beurteilen.

Der Lockspitzel versuchte einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung zu verleiten, jedoch der zu Verleitende ließ

sich nicht bestimmen, und es kam zu keiner strafbaren Handlung des Verleiteten. Wir haben die Frage zu prüfen, inwieweit sich der Lockspitzel durch dieses „Auffordern" zu einer strafbaren Handlung allein schon strafbar gemacht haben kann.

Die in den §§ 49 a, 85 und 111 des geltenden Strafgesetzes und § 10 des Sprengstoffgesetzes mit Strafe bedrohten Handlungen bestehen in einem solchen Auffordern. Stellt nun die Handlung des Lockspitzels ein solches Auffordern im Sinne des Gesetzes dar? Wenn ja, inwieweit treffen die Tatbestandsmerkmale zu?

§ 49 a StGB. unterscheidet sich von den übrigen Aufforderungsdelikten insofern, daß in § 49 a StGB. das Auffordern an einen „anderen" schriftlich oder an Versprechen von Vorteilen geknüpft, gerichtet sein muß, während bei den übrigen Aufforderungsdelikten die „Oeffentlichkeit" der Aufforderung Tatbestandselement ist. Demnach wird der Lockspitzel, selbst wenn sein Augenmerk auf einen bestimmten, vielleicht politischen Personenkreis gerichtet ist, sich nie an eine unbestimmte Menge wenden, sondern meist an einen aus diesem Personenkreis allein, den er auffordern will, oder durch den er einen bestimmten Personenkreis auffordern will. Im allgemeinen können wir also die Fälle dieser öffentlichen Aufforderungen aus dem Kreis unserer Betrachtung ausscheiden. Wenn aber ein Lockspitzel tatsächlich einmal öffentlich als Aufrührer und Terrorist auftreten sollte, und dabei im geheimen noch die Unschädlichmachung der Aufgeforderten beabsichtigt, so kann ihm diese geheime Absicht nicht zugute gehalten werden, sondern dann muß er die hierfür angedrohte Strafe auf sich nehmen. Das erscheint notwendig, wenn man die Gefahr für Volk und staatliche Einrichtungen berücksichtigt, die allein schon durch die öffentliche Aufforderung in sehr hohem Maße gegeben ist. Darum braucht es zur Tatbestandserfüllung solcher Delikte nicht zur Wirkung der Aufforderung in der Oeffentlichkeit gekommen zu sein, ja es ist noch nicht einmal die „Ernstlichkeit" der Aufforderung in dem Sinne, daß die Begehung der Tat gewollt sei, erforderlich.[123])

Unsere weitere Betrachtung hat sich nun noch auf die Subsumtionsmöglichkeit unter § 49 a StGB. zu erstrecken. Neben dem „Auffordern" umfaßt diese Vorschrift auch noch die Fälle, in denen sich einer „erbietet" und, was hier aber ohne Bedeutung

123) Vgl. Fleischmann, S. 56.

ist, die Fälle der „Annahme“ von Aufforderungen und „Erbieten“. Daß ein Lockspitzel sich „erbietet“, ist natürlich möglich, bildet aber nicht den von uns typisierten Lockspitzeltatbestand. Dennoch wollen wir auch diesen Fall hier nicht unberücksichtigt lassen. Wenn Singewald [124]) den Lockspitzel, der nur den Versuch und nicht die Vollendung einer strafbaren Handlung will, also keinen Anstiftervorsatz hat, deshalb nicht bestrafen will, weil er sich nur zum Schein zu einer strafbaren Handlung anbiete, so ist ihm unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gefährdung Recht zu geben. Denn im Erbieten liegt hier deshalb keine Gefährdung, weil es einerseits nur einer bestimmten Person gegenüber gemacht wurde und nicht der Oeffentlichkeit, und andererseits der, der sich erbietet, die Verwirklichung der Gefahr tatsächlich überhaupt nicht aufkommen lassen will. Hätte er Vollendungsvorsatz, und wären die Erfordernisse des § 49 a StGB. gegeben, nämlich, daß es sich um ein Verbrechen handelt, daß das Anerbieten „schriftlich“ oder mündlich an die Inaussichtstellung von Vorteilen geknüpft gemacht wird, dann würde er sich natürlich strafbar machen. Aber dieser Fall des „Erbietens“ wird der seltenere sein. Meist wird es sich doch um eine „Aufforderung“ des Lockspitzels an einen anderen handeln. Auch hier ist erforderlich, daß der Lockspitzel die Vollendung der Tat durch den, den er auffordert, will, daß er also Anstiftervorsatz hat. So sagt das Reichsgericht: [125]) „§ 49 a StGB. bedroht die Aufforderung zu einem Verbrechen, insoweit sie sich als eine erfolglos gebliebene Anstiftung darstellt. Er erfordert nämlich als subjektives Schuldmoment, daß der Auffordernde will, es solle das Verbrechen, zu dessen Verübung er auffordert, auch durch den Aufgeforderten begangen werden, daß er also mit Anstifterwillen handelt. Er muß nicht nur diesen Willen gehabt haben, sondern auch von der Möglichkeit der Realisierung desselben überzeugt gewesen sein.“ Dies ergibt sich auch, wie Fleischmann [126]) ausführt, aus dem Gesetze selbst. Denn, wie wir gesagt haben, bedarf es bei den übrigen Aufforderungsdelikten auf Grund des Gefährdungsprinzips nicht noch im besonderen des Anstiftervorsatzes. § 111,1 StGB. wäre ja sonst überflüssig, wäre auch hier Vorsatz

124) Singewald, S. 113, S. 116.
125) RGSt. 9/734.
126) Fleischmann, S. 52.

erforderlich, könnten diese Tatbestände in § 48 StGB. mitbehandelt werden. Aber gerade wegen der Gefährlichkeit der Aufforderungen, die dieser Abschnitt (VI) des StGB. umfaßt, hat man sie schon dann unter Strafe gestellt, wenn der Auffordernde auch keinen Anstiftervorsatz hatte. Aus dem gleichen Grunde bestraft man die erfolglos gebliebene Anstiftung in § 111, 2 StGB. in dem Falle, daß kein Anstiftervorsatz beim Auffordernden vorliegt. Würde die erfolglose Anstiftung ohne Anstiftervorsatz durch § 49 a StGB. zu erfassen sein, hätte es nicht mehr des Absatzes 2 des § 111 StGB. bedurft. Daraus ergibt sich zweifellos, daß § 49 a StGB. nur dann Anwendung finden kann, wenn der Auffordernde Anstiftervorsatz hatte und seine Anstiftung erfolglos war, allerdings nur, wenn es sich um die Anstiftung zu einem Verbrechen unter den in § 49 a StGB. aufgestellten Voraussetzungen handelt. Demnach kann also der Lockspitzel, der nur den Versuch des Verbrechens wollte, und auch der, der zwar die formale, aber nicht die materielle Vollendung des Verbrechens wollte, für die erfolglose Anstiftung nicht bestraft werden, weil es am nötigen Anstiftervorsatz fehlt.

Die dem § 49 a StGB. entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs 1927 in § 196 lauten:

„Wer jemanden zu einem Verbrechen zu verleiten sucht, oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen annimmt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer sich zu einem Verbrechen erbietet oder sich auf das Ansinnen zu einem Verbrechen bereit erklärt.

Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten gesucht oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken das Verbrechen verhindert. § 27, 3 gilt entsprechend.

Wer sich zu einem Verbrechen erboten oder bereit erklärt hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken seine Erklärung widerruft."

Wir haben nun einmal den Fall, daß der Lockspitzel die Vollendung hindern will, und ein andermal, daß er es zur Vollendung kommen lassen will. Falls nach Absatz 3 des § 196 nur die Verhinderung des Versuchs Straffreiheit nach sich ziehen würde, könnte diese Strafbefreiungsmöglichkeit für unseren Lockspitzel nicht Anwendung finden. Sollte jedoch in dieser Bestim-

mung die Erfolgsverhinderung in der Hauptsache gemeint sein, so ergäbe sich daraus die Strafbefreiung des Lockspitzels im erstgenannten Falle. Wir sind der Auffassung, daß es dem Gesetzgeber vor allem um die Erfolgsverhinderung zu tun ist; wir folgern diese unsere Annahme aus dem Verletzungs- und Erfolgscharakter, der dem geltenden Strafrecht wie auch dem Entwurf 1927 eigen ist. Demnach ist der Lockspitzel, der nur einen Versuch des Verbrechens wollte und den Erfolg abwenden wollte, straffrei.

Würde jedoch die Vollendung eintreten, so käme es auf die Absicht, den Erfolg zu verhindern, nicht an, da auf Grund der Stellung dieser Vorschrift im besonderen Teil des Entwurfs 1927 gegenüber ihrer Stellung im allgemeinen Teil des geltenden Strafgesetzbuches die Folgerung zu ziehen ist, daß auch das nichternstgemeinte Auffordern und Erbieten grundsätzlich strafbar ist. Der Entwurf sieht im Gegensatz zum geltenden Recht auch in dem nichternstgemeinten Auffordern und Erbieten zu einem Verbrechen bereits eine Gefährdung, die strafwürdig erscheint und unterscheidet sich darin vom geltenden Recht. „§ 196 des Entwurfs 1927 hat ähnlich der Bestimmung des § 111 des geltenden Strafgesetzbuches selbständige Deliktsnatur.“ [127])

Wir haben hier aber lediglich die Fälle zu betrachten, in denen es zu keiner strafbaren Handlung gekommen ist. Der Lockspitzel, der die Erfolgsverhinderung wollte, ist nach unseren Darlegungen straffrei, wenn es zu keinem Verbrechen gekommen ist. Der Lockspitzel, der den Erfolg wollte, ist strafbr nach § 196.

Auch das kommende Strafrecht bestraft nur die Aufforderung zu Verbrechen. Die Gründe hierfür haben wir an anderer Stelle [128]) schon ausgeführt. Der Vorschlag der Kommission lautet:

„Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten sucht, oder wer das Anerbieten eines anderen, ein Verbrechen zu begehen, annimmt, wird bestraft, wie wenn er an der Tat mitgewirkt hätte. Doch kann die Strafe gemildert werden.“

Auf die Unterschiede dieser Vorschrift gegenüber der des geltenden Strafrechts haben wir bereits bei der Anstiftercharakte-

---

127) Vgl. Fleischmann, S. 55/56.
128) Siehe oben S. 24.

risierung [129]) hingewiesen. Beachtenswert erscheint uns noch, daß die Regelung des kommenden Strafrechts das Strafmaß der für die Tat selbst angedrohten Strafe entnimmt und dadurch nicht als „delictum sui generis“ wie § 49 a StGB. anzusehen ist. Der Lockspitzel ist nach dem kommenden Strafrecht dann stets strafbar ohne Rücksicht auf die Absicht, den Erfolg zu verhindern, wenn er einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert.

---

129) Siehe oben S. 24.

Schluß.

Fassen wir das Ergebnis unserer Ausführungen kurz zusammen:

Das geltende Strafrecht und der Entwurf 1927 bestrafen den Lockspitzel nur dann, wenn dieser die Vollendung der Tat des Verleiteten auch in ihrer sachlichen Bedeutung wollte. Eine Bestrafung, wenn nur der Versuch der Tat des Verleiteten beabsichtigt war, kann dagegen nur dann Platz greifen, wenn der Lockspitzel sich später gleichgültig oder nicht mehr ablehnend gegenüber dem Erfolg der Tat verhielt, dann allerdings tritt die Bestrafung unter dem Gesichtspunkt der Täterschaft durch Unterlassung ein. Das kommende Strafrecht bestraft jede Verleitung des Lockspitzels zu einer strafbaren Handlung, wenn sie von Erfolg war und eine vergebliche Verleitung auch dann, wenn die geplante strafbare Handlung ein Verbrechen war.

Nur die Beurteilung nach dem kommenden Strafrecht deckt sich mit dem von uns in der moralischen Wertung gewonnenen Strafbedürfnis. Die Kritik des geltenden Strafrechts als der „magna charta“ des Verbrechers hat an diesem Beispiel ihre Rechtfertigung erfahren. Denn wir haben gesehen, daß häufig dann, wenn die Bestrafung des Lockspitzels erwartet wird, dieser nicht bestraft werden kann. Er könnte also im Rahmen der Gesetzesvorschriften sein verbrecherisches Treiben weiterführen.

Ebenso hat aber dieses Beispiel auch gezeigt, daß die Erwartungen an das kommende Strafrecht ihre Bestätigung finden. Denn es hat eine Lösung ermöglicht, die der Volksgemeinschaft das Bewußtsein der Gemeinsamkeit in der Auffassung von sittlich und unsittlich, nichtverwerflich und verwerflich gibt, und dadurch hilft, die sittliche Grundeinstellung der Volksgenossen zu stärken und das Vertrauen zu Gesetz und Rechtswahrer zu festigen.